

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Південний регіональний центр

Національної академії правових наук України

Національний університет
«Одеська юридична академія»

Креативність загальнотеоретичної юриспруденції

Монографія

*За редакцією д.ю.н., професора
Ю.М. Оборотова*

Одеса
Фенікс
2015

УДК 340.12

ББК 67.0

К 79

**Рекомендовано до друку Вченою радою
Національного університету «Одеська юридична академія»,
протокол № 2 від 13.10.2015 р.**

Авторський колектив:

Ю.М. Оборотов – передмова, підрозділи 1.1, 1.2, 1.6, 2.1, 3.1, 4.1, післямова;
В.В. Завальнюк – підрозділ 1.3; В.В. Дудченко – підрозділ 1.5, А.П. Овчиннікова –
підрозділ 1.7 (в співавторстві з А.Ю. Цофнасом), 1.8; Н.М. Крестовська – підрозділ
3.2; А.Ю. Цофнас – підрозділ 1.7 (в співавторстві з А.П. Овчинніковою); К.В. Горо-
бець – підрозділ 1.4; О.С. Мельничук – підрозділи 2.2, 4.3; А.І. Кормич – підрозділ
2.3; Ю.В. Хижняк – підрозділ 2.4; С.М. Скуріхін – підрозділи 2.5, 4.9; П.П. Богуць-
кий – підрозділи 2.6, 4.2; З.М. Юдін – підрозділ 2.7; М.Ю. Рязанов – підрозділ 2.8;
А.В. Дзевелюк – підрозділ 2.9; І.Г. Оборотов – підрозділ 3.3; І.А. Бальжик – підроз-
діл 3.4; С.В. Ковбасюк – підрозділ 3.5; Л.П. Арнаутова – підрозділ 3.6; І.В. Анто-
шина – підрозділ 3.7; В.В. Тароєва – підрозділ 3.8; М.Т. Лоджук – підрозділ 3.9;
Ю.В. Тищенко – підрозділ 4.4; В.С. Личко – підрозділ 4.5; А.М. Чувакова – підроз-
діл 4.6; О.О. Джурасва – підрозділ 4.7; В.А. Федоров – підрозділ 4.8.

Рецензенти:

Бабін Б.В. – доктор юридичних наук, професор, урядовий уповноважений у
справах Європейського суду з прав людини Міністерства юстиції України.

Крижановський А.Ф. – доктор юридичних наук, професор, ректор Міжна-
родного гуманітарного університету, член-кореспондент НАПрН України, Заслу-
жений діяч науки і техніки України.

Мурашин О.Г. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри тео-
рії права та міжнародної інформації Міжнародного університету розвитку людини
«Україна», член-кореспондент НАПрН України, Заслужений юрист України.

К 79 Креативність загальнотеоретичної юриспруденції : монографія /
[Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко та ін.] ; за ред. Ю. М. Обо-
ротова. — Одеса : Фенікс, 2015. — 488 с.

ISBN 978-966-438-949-2

У книзі, яка представлена авторським колективом кафедри теорії держави і права На-
ціонального університету «Одеська юридична академія» під керівництвом професора
Ю. М. Оборотова, в рамках комплексної науково-дослідної програми Південного регіо-
нального центру Національної академії правових наук України відображена динаміка
змін у загальнотеоретичній юриспруденції як центрі креативності професійної юридичної
сфери. Евристична функція загальнотеоретичної юриспруденції показана в методологіч-
них пошуках вчених-юристів на концептуальному та інструментальному рівнях, а також
шляхом затвердження нових понять в категоріальному апараті сучасної юриспруденції.

Видання розраховане на вдосконалення мови права і затвердження сучасної парадиг-
ми правового мислення. Воно звернене до професійного юридичного середовища теоре-
тиків і практиків і особливо стосується викладачів і студентів юридичного профілю, без
творчої енергії яких неможливо уявити сталий розвиток українського права і української
державності.

УДК 340.12

ББК 67.0

ISBN 978-966-438-949-2

© Авт. кол., 2015

© ПП «Фенікс», 2015

ПЕРЕДМОВА

Необхідність творчого начала в дослідженнях права і держави робить креативність надзвичайною рисою сучасної юриспруденції. Сьогодні нетривіальне і дотепне вирішення виникаючих питань визначає не тільки розвиток сфер економіки і політики, що стрімко змінюються: для права і держави так само актуальною є здатність до опору тим стереотипам, які склались, важливим є бачення суті проблеми, висунення нових ідей і здійснення їх розробки. Не випадково, що українська юриспруденція наповнюється все новими оригінальними дослідженнями, які стосуються різних рівнів існування правового і державного буття. У цьому творчому пориві досить характерним виступає дослідницький запал учених Одеської школи права, які представляють загальнотеоретичну юриспруденцію, розробки яких усе частіше оформлюються в концептуальні ідеї, методологічні принципи, правові і державні цінності і норми, які відповідають сучасній епосі постмодерну і особливостям існування в ній суверенної України. Показово, що в представлених дослідженнях увага акцентується не на критиці фундаментальних догм модернізму, скажімо, таких як функціоналізм, антитрадиціоналізм і технологізм, а виражається прагнення використовувати дослідження постмодерністів, які дозволяють розкрити потенціальні можливості використання права і держави в умовах сучасного стрімкого і все більш мозаїчного людського буття.

Загальний сенс колективного монографічного дослідження теоретиків Одеської школи права можна виразити формулою: вихід до нових рубежів у вивченні права і держави. Стосується це переосмислення традиційних питань юриспруденції чи висуваються нові ідеї, помітним є розуміння того, що нестабільність сучасного світу, процеси глобалізації, посилення ролі комунікації, відмова від європоцентризму і етноцентризму ставлять перед юриспру-

денцією досить складні задачі, вирішення яких можливе лише на шляху освоєння правової реальності, інститутів і функції держави з опорою на творчі начала і сучасну методологію.

Монографічне дослідження, присвячене креативності загальнотеоретичної юриспруденції, включає чотири розділи, кожен з яких є відображенням творчого пошуку на шляхах затвердження змін у теорії держави і права, які означають її перетворення на загальнотеоретичну юриспруденцію. На цьому тлі новими барвами засяяли евристична і методологічна функції юриспруденції. Відбулось не тільки зближення філософії права і загальнотеоретичної юриспруденції, але й в русі всієї юриспруденції відзначилась націленість на вдосконалення мови права і зміни правового мислення, яка спирається на розробки представників загальнотеоретичної юриспруденції.

Креативність сучасної юриспруденції — це звільнення юридичних досліджень від догматизованості стереотипів правового мислення, безпосереднє звернення до традицій, норм та інститутів правової спадщини та їх творче використання в умовах нового часу, відстоювання власної (української) правової ідентичності, державної цілісності і само управлінського місцевого різноманіття.

Задача широкого використання евристичних можливостей вітчизняної юриспруденції цілком корелює змінам, що відбуваються в українському праві і державі. Не випадково дух змін витає у всіх матеріалах, представлених в монографії авторським колективом кафедри теорії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія».

Заклик до творчого засвоєння права і держави з використанням сучасної методології дослідження звернень авторами не тільки до наукового товариства, але й до студентства, яке приходить до дослідницької сфери зі свідомістю, вільною від складених стереотипів і природною спрямованістю до нового. Будемо ж постійно стверджувати і використовувати креативність юридичних досліджень.

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ЮРИСПРУДЕНЦІЯ ЯК ЕВРИСТИКА

1.1. ШЛЯХИ ЗАТВЕРДЖЕННЯ КРЕАТИВНОСТІ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

В умовах глобалізації та інформаційної насиченості індивідуалізованого суспільства праву і державній владі все важче зберегти основи людського буття. Рационально вибудовані інститути — організації, норми, ідеї, які століттями забезпечували стійкість комунікації, все більше здають свої позиції. Відчуття їх недосконалості стає визначальним стимулом для змін в юриспруденції. Творчий процес і творчі потоки перетворюються на неминучість на шляху збереження, розвитку і використання цінності права і держави.

На жаль, творчість в юриспруденції продовжує бути остаточним концептом, хоча в культурному аналізі і культурній політиці творчість визнається домінуючою категорією¹.

Відчуття того, що без творчості навряд чи уявляється юридична наука в цілому і загальнотеоретична юриспруденція, в тому числі, прослідковується в підході П. Е. Недбайла до класифікації функцій теорії держави і права, який серед функцій виділяв евристичну функцію теорії держави і права, пов'язуючи її з відкриттям нових закономірностей розвитку держави і права². М. В. Цвік і В. Д. Ткаченко також виділили евристичну функцію теорії держави

¹ Негус К., Пикеринг М. Креативность и культурные ценности / Пер. с англ. — Х.: Изд-во Гуманитарный Центр, 2011. — С. 11.

² Недбайло П.Е. Введение в общую теорию государства и права (Предмет, система и функции науки). — К.: Вища школа, 1971. — С. 137.

і права і пов'язали її із установленням тенденції розвитку держави і права. Крім того, вони зазначають, що евристична функція створює основу для розвитку юридичної науки, є гарантією від догматизації всієї юриспруденції³. Продовження такого бачення ролі теорії держави та права помітно у О. С. Скакун, яка розглядає евристичну функцію теорії держави та права як нарощування знань про державу і право⁴.

Концептуальне дослідження поняття творчості в юриспруденції дозволяє відкрити додаткові можливості для засвоєння права і держави в плані подолання їх недосконалості, зумовленої змінами в житті сучасного суспільства. З іншого боку, все яскравіше проступає надлишок раціональності в правовій і державній сферах, який призводить до постійного відставання інституційних форм від все більш мозаїчного і такого, що стрімко розвивається, соціального буття. Тут зайвий раз заслуговує на уклін народна мудрість древніх, які стверджували: право є мистецтвом добра і справедливості.

Цим напрямком йде чимало сучасних дослідників. Так, Жан Луї Бержель відзначає щодо аналізованого питання: право — це наука чи мистецтво, більшість сходиться на тому, що мистецтво, яке полягає в покращенні соціальних відносин шляхом формування справедливих правил і їх застосування в неупереджений спосіб. До того ж, мистецтво класифікації юридичних форм, конструювання теорій, розробки принципів⁵.

Відомий філософ Ф. Фукуяма, розглядаючи зміну ролі держави в XX столітті, зауважує, що «мистецтво побудови держави буде ключовою складовою національної сили»⁶. На жаль, підхід до держави з точки зору мистецтва і його розгляд як результату творчості отримав свою інтерпретацію виключно в аспекті дослідження тоталітарних режимів. Це пов'язано з тим, що в тому числі мистецтво Третього рейху розглядалось не в традиційних видах

³ Загальна теорія держави і права / За ред. М.В.Цвіка, В.Д.Ткаченка, О.В.Петришина. — Х.: Право, 2002. — С. 6.

⁴ Скакун О.Ф. Теория государства и права (Энциклопедический курс) : учебник. — Х.: Эспада, 2005. — С. 28.

⁵ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. — М.: Nota bene, 2000. — С. 12.

⁶ Фукуяма Ф. Сильное государство: управление и мировой порядок в XX веке. — М.: АСТ; АСТ Москва: Хранитель, 2006. — С. 200.

художньої творчості, якими виступають література, скульптура, живопис чи архітектура, а в самій державі, яку саму по собі вважали витвором мистецтва. Як відомо, ватажки тоталітарних режимів (Гітлер, Сталін, Муссоліні) вважали себе архітекторами нового суспільства, і в їх уявленні нова політика підносилась як складне мистецтво. Як говорив Муссоліні, живий людський матеріал потребує обробки як ніжної руки художника, так і залізного кулака воїна⁷. Очевидно, міркування про державу як про тоталітарний витвір мистецтва не виключає думку про державу як витвір мистецтва, або, використовуючи політичну термінологію, тлумачення держави як демократичного витвору мистецтва.

Навряд чи без творчого бачення ролі держави і особливостей існування його інститутів можна забезпечити зміну ставлення до держави в різних аспектах. Зокрема, Жорж Корма, розглядаючи зміни ставлення до сфери релігійного, зазначає необхідність реабілітувати державу як джерело громадянськості⁸.

Поширене у вітчизняній юриспруденції уявлення про юридичну теорію як сферу наукового знання значно знижує можливості творчості, застосовуваної до права і держави. Якщо і визнається така можливість, то вона пов'язується, наприклад, зі сферою філософії права. Відомий філософ права В. П. Малахов пише, що філософія належить до сфери індивідуального духовного буття і виявляється продуктом нашої творчості, в той час як юридична теорія належить до сфери позаіндивідуального, позасуб'єктного, колективного буття людей⁹. Таке твердження не відповідає творчому характеру розвитку права, законам, пов'язаним з конкретними особами, розвитку держав, які отримали свою інституціоналізацію завдяки конкретним діям і т.д.

Саме тут спрацьовує визнання творчості як процесу, який надає досвіду значення і значимість і допомагає йому досягати комунікативної цінності. Творчість як експресія, тобто вираз, перетворює і стискає досвід на значиму форму шляхом слів, образів і

⁷ Гюнтер Х. Эстетика государства и трагедия смеха // ОНС. — 1992. — № 4. — С. 87.

⁸ Жорж Корм. Религиозные вопросы в XXI веке. Геополитика и кризис постмодерна. — М. : Ин-т общегум. иссл, 2012. — С. 265.

⁹ Малахов В.П. Философия права / В.П. Малахов. — М. : Академический проект; Екатеринбург : Деловая книга, 2002. — С. 35.

звуків, які при цьому використовуються, а творчий вираз досвіду створює основу його комунікативного значення¹⁰.

Творчість не здійснюється без звернення до існуючих правил, методів, ідей, процедур, тому завдяки їм стає можливим сам процес комунікації і його розуміння. Уклади і умовності тісно пов'язані з кодами, зокрема, існує кодування визначень культури: британський лев, американський орел, китайський дракон і т.ін. Слідування за знайомими кодами характеризує рису поведінки людей у відповідних культурах¹¹.

Для творчості важливо підкреслити зв'язок традиції та інновації. Традиція як найважливіший компонент порядку, за словами Ф. Хайека, є мудрішою, ніж людський розум. Звідси необхідність шанування традицій.

Сучасні інтерпретації традиції пов'язані з їх розглядом як культурних елементів, які довели свою здатність співіснувати із сучасністю через надання ресурсів для культурної творчості. Існує необхідність не лише визнання значимості традицій, але й затвердження за ними здатності до адаптації і розвитку, забезпечення можливості для інновації. Не випадкова в цьому зв'язку спроба уявити традиції в двох різновидах — як справжні традиції і винайдені традиції. Метою винайдених традицій є (Е. Хобсбаум) прищеплення певних цінностей і норм поведінки шляхом повторення, що легітимує дії і укріплює згуртованість групи¹².

Розвиток права і держави не може усвідомлюватись без звернення до правової спадщини. І дійсно, в умовах глобалізації збереження власної унікальності отримує вираз у використанні образу спадщини в культурі, який нарощується як річні кільця дерева¹³. Опора на образ правової спадщини дозволяє юриспруденції не тільки укріплювати свої позиції з посиланням на традиції минулого, але, також використовуючи ці традиції, забезпечити затвердження інновацій у правовій і державній сферах. Звернемо увагу

¹⁰ Негус К., Пикеринг М. Креативность и культурные ценности / Пер. с англ. — Х.: Изд-во Гуманитарный Центр, 2011. — С. 57-59.

¹¹ Там само. — С.134.

¹² Там само. — С.196.

¹³ Замятин Д.Н. Образ наследия в культуре. Методологические подходы к изучению понятия наследия // Социс. — 2010. — № 10. — С. 76.

на відмінність новацій (оновлень, змін) та інновацій (напрямку змін). Термін «інновація» був введений в економіку Й. Шумпетером (1934 рік). Інновація виступає як новизна або нововведення, яке суттєво підвищує ефективність діючої системи.

Прикладами інновацій в юриспруденції виступають сучасні уявлення про кардинальні зміни взаємозв'язку права і держави. М. В. Шугуров не безпідставно називає катастрофою збереження розуміння права, яке засноване на однозначному зв'язку права і держави. Він справедливо відзначає, що сьогодні на перший план в праворозумінні має виходити уявлення про право не як спосіб регуляції, а як спосіб координації дій суб'єкта і сфер їх суспільного існування¹⁴.

Така інновація в юриспруденції відкриває широкі перспективи для існування права в умовах глобалізації та індивідуалізації суспільства, оскільки розкриваються інші можливості використання правових засобів, а також поширюється механізм дії права на нові сфери життєдіяльності людини.

Творчий потенціал вітчизняної юриспруденції обумовлений не лише свободою наукових досліджень у сфері права і держави, але також наявністю плюралізму наукових шкіл і напрямів, взаємодія, взаємозв'язок і конкуренція між якими виступає важливою підставою для творчих проривів в досягненні права і держави, утвердження інноваційних підходів до креативності сучасної юриспруденції.

Для виходу до нового розуміння правових і державних явищ необхідне використання таких парних категорій, як легітимація і проблематизація. При цьому необхідно розрізняти легітимацію закону, засновану на ідеях справедливості, і легітимацію наукового висловлювання, яка має за основу ті правила, які його узаконюють. Слід відзначити, що постмодернізм відкидає всі системи пояснення світу і свідчить про захід так званих метанорративів (Ліотар), зокрема, це гегелівська філософія духу, ідея соціального прогресу, просвітительська практика знання та ін. Звідси приходить визнання універсальним принципом побудови культури принципу плюраліза-

¹⁴ Шугуров М.В. Правовая субъектность и инверсии современной культуры // ОНС. — 2005. — № 1. — С.85 -94.

му. Таким чином, постмодерн відкидає всі існуючі системи пояснення світу, замінюючи їх на плюралізм фрагментарного досвіду¹⁵.

При порівнянні легітимації і проблематизації можна побачити, що в процедурах легітимації ті чи інші форми соціального досвіду затверджуються в якості допустимих, адекватних і санкціонованих, у той час як проблематизація піддає сферу соціальної предметності сумніву і змушує шукати шляхи до нової інтерпретації цієї сфери. Звідси виходить, що процедура проблематизації направляє культурний процес в сторону нового розуміння явищ, які розглядаються¹⁶.

Про необхідність використання проблематизації для пізнання метатеорії науки стосовно теорії держави і права і в зв'язку з особливостями її назви, об'єкта і предмета пише О. Ф. Скакун¹⁷. Очевидно, використання проблематизації повинне стосуватись не лише метатеорії науки, а забезпечувати творчий розвиток усієї юриспруденції. Зокрема, використання проблематизації дозволяє здійснити тлумачення права і держави в аспектах їх прояву як предмета рефлексивного осмислення і раціонального аналізу. Тому використання процедури проблематизації означає вихід на нове розуміння правової реальності, інститутів державної влади і їх функціонування.

1.2. ПРАВО ЯК ЦІЛІСНІСТЬ: ОНТОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ

В умовах все більшого ускладнення людського буття проблематика цілісності його інституційних утворень, зокрема права, знаходиться під постійною загрозою змін, руйнувань і тверджень. На цьому тлі сформовані традиційні цілісності права національного, міжнародного та інтегративного рівня пристосовуються до стрімких змін. У той же час можна вже сьогодні констатувати появи нового рівня буття права, на якому формується така цілісність

¹⁵ Постмодернизм. Энциклопедия. — Мн.: Интерпрессервис; Книжный Дом, 2001. — С. 278.

¹⁶ Там само. — С. 632.

¹⁷ Скакун О.Ф. Загальна теорія права і держави : проблематизація та переосмислення метатеорії // Бюлетень МЮ України. — 2012. -№ 4 (126). — С.27-36.

права, як глобальне право. Однак цей процес не повинен затуляти головне питання епохи постмодерну: наскільки стійка цілісність права на вже існуючих рівнях людського існування. Які перспективи, в першу чергу, такої цілісності, як національне право? Які онтологічні аспекти цілісності права повинні бути враховані для його збереження в якості нормативної моделі, особливого інформаційного середовища, алгоритму людського існування, способу подолання конфліктів, системи відокремлення і владного збереження соціуму?

Проблематика цілісності права актуалізується з кожним новим просуванням, успіхом або досягненням у процесах глобалізації, інформатизації та індивідуалізації сучасного суспільства. Онтологічні аспекти цілісності права підлягають виділенню і розгляду, оскільки вони відкривають ті можливості, які можуть бути використані в непростих умовах існування сучасних правових реалій.

Минуло більше чотирьох століть з моменту введення терміну «онтологія» (Гокленіус Р. Філософський лексикон, 1613). За цей час використання цього терміну пройшло шлях від визнання змістовного збігу онтології і метафізики у класичній філософії до відмови від будь-яких спроб створення онтології в системі відліку постмодерністської філософії. У цьому зв'язку можна констатувати не тільки зміну уявлень про онтологію, з одного боку, а й рух у напрямку відходу від використання цього терміну, з іншого боку. Постмодернізм стверджує, що неможлива системно організована категоріальна матриця для опису буття поза його соціокультурної ангажованості, а тому в постмодерністському контексті онтологія принципово неможлива. Зазначене націлює на необхідність осмислення онтології стосовно сучасних умов буття, у тому числі буття права.

Багатоманітність онтологічної картини світу було вдало виражено А. Ю. Цофнасом при виділенні таких аспектів онтології, як натуральна онтологія (буття, субстанція, ідеальне, свідомість, мова та ін.), структурна онтологія (структура, речі, властивості, відносини, закон, система, частина, ціле і ін.) і динамічна онтологія (рух, простір, час, детермінізм, необхідність, випадковість, можливість, розвиток та ін.)¹⁸. За цими трьома напрямками може

¹⁸ Цофнас А.Ю. Философия. Часть I. Предмет философии. Онтология : учебно-справочное пособие / А.Ю. Цофнас. — О. : Наука и техника, 2009 — С. 31-32.

бути представлена розгорнута характеристика онтологічних аспектів права як цілісності.

У філософії права і загальнотеоретичній юриспруденції онтологія права, як правило, зв'язується з існуванням правової реальності. Так, стверджується, що з окремих правових феноменів складається єдина правова реальність, де буття і небуття перетікають одне в одне. При цьому логіка безлічі виникаючих і вирішувальних соціально-правових протиріч становить онтологію права, внутрішній імпульс її буття¹⁹. У цьому зв'язку В. А. Бачинін пише про багатогранність нормативного, ціннісного і смислового змісту права²⁰.

А. А. Мережко виокремлює чотири іпостасі права: 1) комунікативну — як процес обміну юридично значущими повідомленнями певними каналами комунікацій; 2) герменевтичну — як процес розуміння і тлумачення; 3) семіотичну — як систему юридичних знаків, символів і кодів; 4) аксіологічну — як систему панівних ідеалів і цінностей. Усі ці чотири виміри права об'єднуються, взаємопроникають і взаємопримиряються в онтології права²¹.

Розгорнута онтологічна характеристика права в призмі правової реальності дана С.І. Максимовим, який розглядає правову реальність як онтологію інтерсуб'єктивності, де структурними елементами виступають не соціальні факти, а змісти (ідеї), що відрізняє статус правової реальності. При цьому розмежовується статика правової реальності (природне і позитивне право) і динаміка правової реальності (ідея права, правові норми і закони, правове життя)²².

В онтології права важливим є питання про єдність буденності і натхненності сенсу правової реальності. На думку В. П. Малахова, тільки розкриваючи багатство правової сутності можна відійти

¹⁹ Бачинин В.А. Философия права : конспект лекций / В.А. Бачинин. — Х. : Консум, 2002. — С. 147.

²⁰ Бачинин В.А. Морально-правовая философия / В.А. Бачинин. — Х. : Консум, 2000. — С. 8.

²¹ Мережко А.А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права / А.А. Мережко. — К. : Юстиниан, 2002. — С. 162.

²² Максимов С.І. Правова реальність як предмет філософського осмислення : автореф. дис. на здобут. наук. ступ. доктора юрид. наук / Максимов С.І. — Х., 2002. — С. 19-20.

від спрощення буденного сприйняття права. Право у своїй даності постає як стихія людського життя, а не її раціональний регулятивний початок. Затвердження стихійності права, наприклад, важливе для розмежування живого права і узаконеного права. До того ж правова суть і відповідна йому, породжувана ним у думках і діях правова реальність у взаємній пов'язаності знаходять універсальність, самоцінність і самодостатність²³.

Універсальні та онтологічні підстави різноманітних форм існуючого розглядають взаємодію протилежних начал, тобто протиріч, які виникають і вирішуються, що складає внутрішній імпульс буття. Характер взаємодії протиріч визначає існування трьох головних буттєвих форм: хаосу (ентропії), порядку і гармонії²⁴. Правове буття розвивається у всіх трьох формах, і тому традиційне прагнення пов'язати правову реальність виключно з порядком, який віддалений, з одного боку, від хаосу, а з іншого — від гармонії, — не охоплює всі аспекти правової реальності. Зокрема, можна констатувати становлення права через хаос в його русі до детермінованого хаосу, а від нього — до порядку. Крім того, існуючий порядок руйнується і виникає хаос, від якого знову відбувається рух до порядку.

Тріумфом права є досягнення гармонії. Гармонійний стан права як цілісності припускає його розгляд сферою мистецтва, де долається як сфера лякаючого хаосу, так і розміреність деколи бездушного порядку, і складається вища гармонія²⁵.

Здавалося б, право як сфера мистецтва має себе дистанціювати від повсякденності. Тим часом стихія права накриває всю соціальну сферу, майже нічого не залишаючи поза рамками правового регулювання. Справедливо помічено, що «правотворчість, до цього вид мистецтва, яким займалися з великою обережністю, зараз відбувається з наростаючою швидкістю»²⁶.

²³ Малахов В.П. Философия права / В.П. Малахов. — М. : Академический проект; Екатеринбург : Деловая книга, 2002. — С. 273-275.

²⁴ Бачинин В.А. Философия права и преступления. — Харьков: Фолио, 1999. — С. 50.

²⁵ Бачинин В.А. Философия права и преступления. — С. 51.

²⁶ Гуссерль Г. Повседневная жизнь и право// Проблемы философии права. — Том VIII- IX, 2010-2011. — С. 89.

У сучасних умовах цілісність права підривається його прирівнянням до повсякденності, де сукупність конвенціональних норм не здатна формувати ні повагу до мови права і правового мислення, ні пієтету до цінностей юридичної професії та професійної юридичної діяльності. Необхідно підкреслити, що онтологічний статус права, його цілісність повинна досягатися обмеженням буденності права, відходом права зі сфери повсякденності, орієнтацією права на значні проблеми соціального життя, зокрема, пов'язані з конфліктним призначенням права.

В аспекті подолання повсякденності в правовій сфері перспективною є розробка «нормології права» як юридичної дисципліни, спрямованої на розуміння права як складної системи, що розвивається, правових норм, що існують в соціальному просторі, яка вивчає потреби і обсяги нормативів правової сфери, характеризуючи і визначаючи особливості та обсяги правової нормативності²⁷.

Розуміння стихії права пов'язане з соціальними процесами, які все прискорюються, та стрімкими змінами в житті людини, що включають його у все нові і нові відносини, не залишаючи ні простору, ні часу для збереження традиції і соціальної пам'яті про принципи і норми людського буття. Це змушує з великою увагою поставитися до того, що право у своїй даності постає як стихія людського життя, а не тільки як її раціональне регулятивне начало. Така раціоналістична характеристика права в розробках учених-юристів виражена в тому, що носить назву «догма права». Сьогодні відзначається ситуація все більшої рухливості, плинності догми права. Це відображає інтенсифікацію змін сучасного життя і ставить під питання традицію розгляду догми права як непорушної основи правової реальності.

С. С. Алексєєв пов'язує сучасний рівень знань про право з можливістю переходу до розгляду правової матерії в ракурсі догми права, в більш широкому плані — як системи правових засобів, які виступають елементами правої матерії. При цьому відокремлюються два шари: перший шар, де існують окремі правові засоби (зобов'язання, дозволи, заборони, суб'єктивні права, юридичні обов'язки), і другий шар, де існують юридичні конструкції

²⁷ Заморська Л.І. Правова нормативність та її інституціоналізація в Україні: монографія / Л.І.Заморська. — Одеса: Фенікс, 2013. — С. 211-217.

як оптимальні моделі побудови прав, обов'язків, відповідальності, юридичних фактів (склад злочину, необхідна оборона, договір купівлі-продажу, презумпція добропорядності і т.д.)²⁸.

Зміна уявлень про онтологію права отримало також відображення в дослідженнях нормативності правової сфери, де актуалізовані питання специфіки правової нормативності, яка задає спрямованість правового розвитку і кристалізує правову реальність.

Правова нормативність як сфера належного в правовій реальності володіє такими характеристиками, як загальнообов'язковість, поширюється на всіх суб'єктів права, виступає як рівний масштаб поведінки, виражений у правових нормах, проявляється в сталості, у повторюваності і процесуальності. Правова нормативність інституалізується і існує не тільки через правові норми як цеглинки права, але вона виражена в інститутах права, галузях права, системі права, правових спільнотах, таких як приватне і публічне право, матеріальне і процесуальне право²⁹.

Правова нормативність постає як відображення соціальної цінності і, в свою чергу, є основою правової цілісності. За допомогою правової нормативності забезпечується існування порядку в соціумі. При цьому правова нормативність з'єднує норму і процес і, врешті-решт, є вираженням сили права.

Іншим аспектом правової реальності, пов'язаним з онтологічною проблематикою, стало питання, виражене в антропологічних дослідженнях права, яке позначається як «ідентифікація права». Іншими словами, чим є право — нормою або процесом (а може, тим й іншим).

Нарешті, сьогодні не виключене трактування правової реальності в дусі постмодернізму, а саме, розгляд правової реальності як різноманітного середовища, що володіє іманентним креативним потенціалом самоорганізації.

Справді, розгляд права як цілісності є перспективним з використанням для такого його розгляду поняття різомі, яке якраз

²⁸ Алексеев С.С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность / С.С. Алексеев. — М. : Норма, 2001. — С. 32, 36-41.

²⁹ Заморська Л.І. Правова нормативність в умовах становлення та розвитку українського права: загальнотеоретичне дослідження: Автореф. на здобут. наук. ступ. доктора юрид. наук./Заморська Л.І. — Одеса 2014. — С. 18.

фіксує позаструктурний і нелінійний спосіб організації цілісності. Різома інтерпретується як приховане стебло, здатне розвиватися куди завгодно і набувати будь-яких конфігурацій. При цьому різомні сфери мають іманентний креативний потенціал самоорганізації. Різома, на відміну від структури, не боїться розриву. У різомі в принципі немає ні початку, ні кінця, тільки середина, з якої вона росте і виходить за її межі³⁰.

Постмодернізм визнає досягнення хаосу змістовно необхідним етапом процедур породження змісту. Звідси ідея свідомого створення хаотичності, принцип внесення хаосу до порядку і формулювання поняття «хаосмоса» як між буття, в якому реалізує себе різома.

Різома як нелінійний тип існування права дозволяє розкрити різноманіття ракурсів цілісності права. Так, зокрема, система права виявляється різомною сферою, в якій не тільки зберігаються і змінюються правові норми, інститути права, галузі права, але з'являються все нові прояви правового регулювання, які консолідуються в нові галузі права, серед яких інформаційне право, міграційне право, енергетичне право, медичне право тощо.

1.3. СУЧАСНЕ АНТРОПОЦЕНТРИЧНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ

Юридична наука на пострадянському просторі та в далекому зарубіжжі в останні роки дедалі частіше звертається до проблем праворозуміння. Не є тасмницею, що тип праворозуміння як найбільш загальне та концентроване уявлення про право, його сутність та призначення зумовлює специфіку вирішення всіх інших юридичних проблем, які відносно праворозуміння є вузькоспеціальними. Основні ідейні зіткнення звично відбуваються навколо базових типів праворозуміння — позитивістського та юснатуралістського, прихильники яких немов би не помічають, що обидва вони є далекими від потреб та викликів сьогодення, оскільки вбачають сутність та призначення права у позалюдських або надлюдських реаліях. Свій внесок у справу розходження права та людини вне-

³⁰ Постмодернизм. Энциклопедия. — Мн.: Интерпрессервис; Книжный Дом, 2001. — С. 656-660.

сла юридична наука, особливо сучасна, відзначена, як правильно констатує В.С.Бігун, теоретизацією, абстрагуванням права, інституційними трансформаціями у напрямках вузькоспеціалізованості, прагматизації, політичної ідеологізації та упередженим заангажуванням праводержавознавства політичними інтересами³¹.

У сучасній Україні легізм як тип праворозуміння, будучи не-сумісним із демократичними засадами життя, є, на жаль, домінуючим і глибоко укоріненим, а тому перед юридичною наукою стоїть нині завдання якнайшвидшого подолання такої ідеології та формування, ствердження в юридичному середовищі й у суспільстві загальної світоглядної та мисленнєвої, гуманістичної й антропоцентричної за своєю суттю. Певною мірою схоластичність та відчуженість від людини сучасної юриспруденції є віддаленим наслідком класової парадигми права, що за радянських часів вважалась єдиною правильною, і тут слід погодитись з М. Г. Патеї-Братасюк, яка зазначає, що антропологічний підхід був по-видатному знехтуваний державоцентристською легістською теорією права, і подолати цей державоцентризм в праві є нині необхідністю³².

Адже право своїм джерелом має людську особистість. У самій людині народжується відчуття права, його мети і цінностей. Із першоджерела права, яким є людина, виводиться ідея права. Саме вона є метафізичною сутністю права. За своїм змістом ідея права була з'ясована ще мислителями античних часів. Тільки свобода як субстанція особистості людини забезпечує її автономію, незалежність, можливість бути господарем свого життя. Навіть за несприятливих соціально-політичних умов у людини залишається певна можливість автономії³³. Хоча слід визнати, що обсяг автономного буття є суттєво відмінним у суспільствах тоталітарного типу і редукується практично тільки до свободи внутрішнього світу людини.

Подальший рух суспільства шляхом соціального прогресу є можливим тільки на правовій основі, зважаючи на майже вичер-

³¹ Бігун В. С. Людина в праві: аксіологічний підхід. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / В.С. Бігун. — К., 2003. — С. 154.

³² Патеї-Братасюк М. Антропоцентрична теорія права : навч. посібник / М. Патеї-Братасюк. — К., 2010. — С. 30.

³³ Петрова Л. В. Духовна природа права: філософсько-антропологічний підхід / Л.В. Петрова; В.А. Трофименко // Проблеми законності: респ. міжвід. наук. зб. — Х., 1999. — С. 35-36.

пані для цієї мети ресурси інших соціальних регуляторів, зокрема, звичаїв, моралі й релігії, яким дуже важко, на відміну від права, «встигати» за технічним прогресом. Праву сьогодні закономірно відводиться фундаментальна роль у просуванні до нового справедливого суспільного устрою та ефективної економіки. Питання лише про яке право йдеться. Розуміння права як суворого, формального, чисто зовнішнього, обмежуючого свободу, обов'язково-примусового явища, тобто державоцентристський підхід до права, теж вичерпало себе. Сформований нормоцентричною традицією образ права не тільки не вписується в сучасну конституційну модель правової демократичної і соціальної держави, але й не відповідає природі, сутності і призначенню права взагалі. Сьогодні як ніколи потрібно таке бачення права, для якого мірою всіх речей дійсно виступає благополуччя соціально-правового життя кожної конкретної людини і громадянина.

Йдеться не просто про урахування інтересів особистості та повагу до них (цей принцип уже засвоєний юриспруденцією), а про людський вимір права. А це вже зовсім інший підхід, що виражає принципово інший погляд на право. Він ґрунтується не на протиставленні різних концепцій права, а на їх інтеграції. Єдність і взаємодія всіх позитивних сторін різних теорій (і особливо природно-правової теорії та юридичного позитивізму) на основі людського виміру дозволяє обґрунтовувати нове якісне явище — природно-позитивне право. Причому поняття «природно-позитивне право» однаково має як наукове, загальносвітоглядне, так і безпосередньо практичне, операціональне значення. Концепція природно-позитивного права, знімаючи обмеженість різних шкіл праворозуміння, дозволяє змінити пріоритети в розкритті феномена права. У першу чергу, спираючись на системоутворюючий критерій — людський вимір, запропонувати на роль первинного елемента структури права замість норми — права і свободи людини. Для особистості мають значення не норми самі по собі, а ті цінності, які за допомогою їх закріплюються, реалізуються, відображаються. Такими життєво важливими, доленосними цінностями для правової особистості служать права і свободи. Усвідомлення, закріплення і гарантування прав і свобод (свободи) — головна місія, призначення, перевага права (перед іншими соціальними

регуляторами) у суспільстві, державі. Зміна погляду на первинний елемент структури права дозволяє з нових методологічних, теоретичних позицій висвітлити сутність, зміст, форму права, його забезпечення.

Сутність права зумовлена природою людини, її прагненням до свободи, самовизначення. Свобода, у свою чергу, виражається у правах і свободах. Тому основним, глибинним у праві є права і свободи людини. Вільна людська особистість також неможлива без прав і свобод, як без серця, нервової системи, легенів. Ось чому право (права і свободи) не нав'язане і не могло бути нав'язане ніким ззовні, включаючи державу. Правові здібності особистості, навпаки, з'являються разом із затвердженням приватного інтересу, приватної власності, розмежуванням індивідуального та колективного³⁴.

Антропологічний «переворот» у гуманітарних науках, який відбувся протягом 60-х років минулого століття, актуалізував антропологічний підхід до праворозуміння, в якому, у свою чергу, можна умовно виділити два аспекти — біоантропологічний/біосоціальний і етнографічний/етнологічний. Перший з них акцентує увагу на тому, що право, як й інші соціальні інструменти, зумовлене недосконалістю біологічної (біосоціальної) природи людини, яка здатна вести війну всіх проти всіх, зважаючи на обмеженість ресурсів для виживання. Право з цих позицій виступає інструментом самозбереження і забезпечення стабільності соціуму на основі розподілу прав і обов'язків між людьми. Важливо, що цей аспект антропологічного підходу підкреслює єдність базових характеристик права для всіх суспільств та спільнот на тій простій підставі, що всі вони складаються з людей — представників одного біологічного виду.

Другий аспект антропологічного підходу основну увагу зосереджує на соціо- та етнокультурній зумовленості права. З позицій цього підходу право не може бути одноманітним для усіх народів, як не існує однієї для всіх народів мови та релігії. Ця особливість юридичної антропології посприяла як визнанню різноманіття (і рівнозначності) культур і правових систем сучасності, так і відмо-

³⁴ Шафиров В. Человекоцентристский подход к пониманию права / В. Шафиров // Право Украины. — 2011. — № 1. — С. 101-102.

ві від жорсткого «європоцентризму», який тривалий час домінував у теорії права.

Завдяки поєднанню цих двох підходів відбулася інституалізація юридичної антропології, яка нині успішно розвивається не тільки на Заході, але й на територіях колишнього Союзу РСР, зокрема, в Україні.

На переконання І. Л. Честнова, діалогічний соціально-антропологічний тип праворозуміння відзначений такими характеристиками: він виходить з багатовимірності права, найважливішим елементом якого є людина; саме людина створює право (хоча й не свавільно), змінює його і відтворює своїми практичними діями та ментальними уявленнями; правова реальність включає правові норми, правосвідомість і правопорядок, в якому реалізуються як норми, так і правосвідомість. При цьому людина (як абстрактна сутність і одночасно її конкретне втілення в емпірично даній людині) присутня і в нормах права, і в правосвідомості, і в правопорядку. Тут потрібно одне застереження: суб'єктом права фактично завжди виступає людина, проте в юридичному сенсі суб'єктом права (і правовідносин) може виступати колективне утворення, посада, держава тощо, тобто соціальний суб'єкт, коли конкретна людина, наприклад, в правовідносинах, діє не від свого імені (як фізична особа), а від імені колективного утворення, соціального суб'єкта, представляючи його. Одночасно слід мати на увазі історичну і соціокультурну зумовленість суб'єкта права, його контекстуальну визначеність³⁵. Погоджуючись з цим автором, відзначимо, що дуалізм антропологічного підходу до права передбачає не тільки увагу власне до людини (з позиції «усі ми — люди»), але й визнання різноманітності правових культур (з позиції «усі ми — різні люди»). Тому міркування І. Л. Честнова щодо структури антропологічного підходу до права мають бути доповнені при вивченні права вказівками на врахування етно- та соціокультурних відмінностей правових явищ, розгляду права не тільки з позицій абстрактної людини, але й різноманітних соціальних груп, зокрема, етнічних, вікових, людей з особливими потребами тощо. У цьому сенсі слід погодитись з висновком Д. А. Гудими, що в

³⁵ Честнов И. Социолого-антропологический тип правопонимания в контексте постклассической картины мира // Право Украины. — 2011. — № 1. — С. 86.

Україні першочерговими завданнями юридичної антропології мають стати: 1) розвиток концепції «групових прав», забезпечення яких особливо важливе у тих випадках, коли немає вихідної рівності прав різних суб'єктів; 2) виявлення антропологічних засад українського права (зокрема, звичаєвого), права етнічних груп українців (гуцулів, лемків та інших), а також права неукраїнських етнічних спільностей, які проживають на території України; 3) вивчення антропологічних основ «звичаєво-правових» норм різноманітних субкультур (молодіжної, злочинної тощо); 4) дослідження впливу світових глобалізаційних процесів на національну правову систему в контексті протистояння правового універсалізму та релятивізму, лібералізму й комунітаризму³⁶.

Соціальні та суто академічні причини, пов'язані з очевидною кризою нормативістського праворозуміння, зумовлюють спроби науковців подивитися на право очима людини, перевірити право на людяність, оцінити його відповідність потребам сучасного глобалізованого світу і водночас атомізованого суспільства. Невипадково полиці книгарень та ресурси світової електронної мережі заповнені монографічними виданнями та збірками статей, присвячених проблемі антропологічного пізнання права та різноманітним аспектам юридичної антропології (звичаєве право, право традиційних спільнот та етносів, антропологічні аспекти поведінки, антропологія державної влади, антропологія конфлікту тощо). Серед них слід відзначити юридико-антропологічні дослідження російських та українських учених — С. І. Архіпова, В. А. Бачиніна, О. О. Бандури, О.В. Гришук, А. І. Ковлера, А. А. Козловського, О. А. Лукашевої, С. І. Максимова, Н. І. Новікової, Ю. М. Оборотова, М. Г. Патей-Братасюк, П. М. Рабіновича, В. О. Тишкова, В. В. Степанова, Л. Г. Удовики та ін. Низка дисертаційних досліджень кандидатського та докторського рівня з проблематики юридичної антропології захищена протягом останнього десятиліття в Україні та Росії (О. О. Агафонова, В. С. Бігун, Д. А. Гудима, С. П. Добрянський, А. П. Кравченко, Н. С. Пілюгіна, М. Б. Смоленський, В. А. Трофименко, О. О. Пучков та ін.). У них запропоновано принципово новий тип праворозуміння, відмінний від

³⁶ Гудима Д. До питання про поняття та структуру вітчизняної антропології права (стаття II) // Вісник Львівун-ту. Серія юридична. — 2006. — Вип.43. — С. 24

звичних позитивістського, юснатуралістського чи соціологічного типів праворозуміння, принципово модифіковано систему правових цінностей та ідеалів. До антропологічного підходу все частіше звертаються не тільки теоретики та філософи права, але і фахівці галузевих юридичних дисциплін. Знаковими у цьому сенсі є роботи О. М. Костенка, В. М. Дрьоміна, С. П. Рабіновича, В. О. Тулякова, О. В. Козаченка.

Такий стрімкий розвиток знань у сфері юридичної антропології свідчить про формування саме антропоцентричних установок і переконань серед науковців, про становлення антропологічного праворозуміння — системи науково-дослідницьких установок, переконань, підходів і знань щодо з'ясування антропної природи права та правових явищ, світоглядну основу якої (системи) становлять висновки антропології та інших наукових систем про сутність людини, її природу та взаємозв'язки з суспільством і соціальними групами.

Найяскравішим свідченням людиноцентристського «повороту» вітчизняного праводержавознавства стало внесення до його предмету закономірностей виникнення, функціонування та розвитку загально-соціальних (тобто до- і позаюридичних) прав, свобод та обов'язків людини та, як наслідок, становлення (в його рамках) основ загальної теорії прав людини як неодмінного підрозділу, а тепер, на думку П. М. Рабіновича, навіть концептуального ядра вітчизняної загальної теорії права та держави³⁷. Фактично визнається домінування антропологічного принципу в багатьох суспільних науках, стверджується його стрижневий характер для філософсько-правової методології³⁸.

Антропологічний поворот в юридичній науці зумовлений і тим, що право само по собі, за своєю природою, є людиновідповідним феноменом. Не можна не підтримати українського дослідника О. Макаренкова, який зазначає, що у праві є все те, що є в людині — раціональне та ірраціональне, соціальне і духовне тощо. Так, у природі людини неодмінно присутні вихідні першофеномени чи

³⁷ Рабінович П. М. Права людини і громадянина: проблеми реалізації в Україні / П. Рабінович // Праці Львівської лабораторії прав людини Академії правових наук України / ред. П. Рабінович; АПН України. — К. : Ін-Юре, 1998. — С. 42.

³⁸ Кравченко А. П. Указ.праця. — С. 43.

архетипи тих нормативно-ціннісних конструкцій, що визначають її морально-правову поведінку. Під час створення чи, навпаки, руйнування правової реальності людина керується насамперед якостями своєї людської природи, спираючись на власні життєві сили. У людині існують установки на рівні свідомості та підсвідомості. Саме вони спричиняють появу духовних і практичних формоутворень правового характеру, це слід враховувати під час спроби пояснити певні процеси, що відбуваються в правовій реальності³⁹.

Таким чином, поява юридичної антропології, що базується на основних здобутках філософської, соціальної (культурної) антропології, етнографії, етнології, історії права, соціології, є закономірним етапом розвитку загальнотеоретичної юриспруденції. Процес її формування пов'язаний із наявністю важливого комплексу правових проблем, для вирішення яких слід звернутися до суміжних соціальних наук, що накопичили вагомий досвід у дослідженні взаємозв'язку права і людини.

Юридична антропологія, будучи міждисциплінарним науковим напрямом, відображає складність, багатогранність та суперечливість правової реальності, проявом чому є різні методологічні підходи до її осмислення: а) правовий позитивізм; б) правовий об'єктивізм; в) правовий суб'єктивізм; г) правова інтерсуб'єктивність, як альтернативні і водночас взаємодоповнюючі. При пріоритеті останнього підходу особливе значення екзистенційно-феноменологічної концепції права полягає в тому, що вона як антропологічна версія інтерсуб'єктивного способу осмислення правової реальності дає змогу сформулювати бачення права з внутрішньої перспективи учасника правових процесів⁴⁰.

Концепції юридичної антропології доцільно об'єднати за допомогою парадигмального підходу: парадигма, будучи системою теоретичних, методологічних й аксіологічних установок, прийнятих як взірць вирішення наукових завдань й схвалених усіма чле-

³⁹ Макаренков О. Антропомірність права як іманентна властивість правової системи відкритого суспільства / О. Макаренков // Антропологія права: філософський та юридичний виміри : статті учасників Третього всеукраїнського круглого столу (м. Львів, 23-24 листопада 2007 р.). — Л. : Сполом, 2008 — С. 216.

⁴⁰ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления : монография / С. И. Максимов. — Х. : Право, 2002. — С. 30.

нами наукової спільноти, містить світоглядну й ціннісну компоненту в конструюванні предмета пізнання та його методів⁴¹.

Розвиток юридичної антропології не є результатом виключно теоретичних досліджень. Безпосереднім імпульсом до закладки основ юридичної антропології послужили ті реальні проблеми, які випробовує наша юридична наука і практика.

Наочне поле юридичної антропології є просторим. У широкому значенні до юридико-антропологічного аналізу включають прийоми дослідження правової реальності, правової науки та правових текстів, пов'язаних із використанням як критеріїв інтересів, цінностей і прав людини і її буття (або, в поняттях філософської антропології, «збереження ідентичності людини»)⁴².

Представники сучасних вітчизняних філософсько-правових шкіл і окремі дослідники, які працюють у галузі правознавства, спираються на антропологічний принцип права, використовуючи його у своїх дослідженнях нарівні з іншими методологічними принципами як наявний, не розкриваючи його суті. Так, О. Ф. Скакун однією з перших включила проблематику прав людини до навчального курсу з загальної теорії держави і права, що само по собі свідчить про поворот однієї з найдогматичніших юридичних дисциплін до проблематики людини та людяності у праві. На думку О. Ф. Скакуна, в основі права лежить свобода, правоздатність і правосуб'єктність людини, а не надіндивідуальних об'єднань, інститутів, формувань. Водночас, на думку цієї дослідниці, не слід змішувати вихідний характер суб'єкта права з його позаправовою даністю. Навпаки, особистість, суб'єкт права в абстрактній формі персоніфікує буття (сутність) права у сфері його існування. Суб'єкт (особистість, особа) тільки тому і є правовим суб'єктом (правовою особистістю), що уособлює правове буття, принцип права і є його активним носієм і реалізатором⁴³.

⁴¹ Агафонова Е. А. Юридическая антропология: Концептуальные идеи и принципы: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е. А. Агафонова. — Ростов-н/Д, 2009. — С. 113.

⁴² Завальнюк В. В. Виникнення та розвиток юридичної антропології як науки та навчальної дисципліни / В. В. Завальнюк // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. — 2007. — Вип. 35. — С. 495-498.

⁴³ Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник для вузів / О.Ф.Скакун. — Х. : Консум, 2006. — С. 193.

Перекликається з цим твердженням міркування В. С. Нерсесянца, який слушно зауважує: «Фігура суб'єкта права передбачає наявність права, дійсність буття права та реальну можливість його здійснення. Водночас поза відповідною правовою ситуацією немає сенсу і в самому суб'єкті права»⁴⁴. Зв'язок права та людини, виражений у категорії суб'єкта права, зумовлював звертання до антропологічного підходу у дослідженні правових явищ навіть тоді, коли в юридичній науці панували позитивістські або, у кращому випадку, соціологічно-позитивістські парадигми праворозуміння. У цьому плані показовою є наукова позиція відомого українського правознавця П. О. Недбайла. Не проголошуючи прямо застосування антропологічних принципів, що, скоріше за все, було би тоді розглянуто як відхід від єдино правильної марксистської парадигми, він враховував їх у загальнотеоретичних дослідженнях. Зокрема, даючи визначення предмету загальної теорії держави і права, П. О. Недбайло наголошував, що держава і право — специфічні явища соціуму, які виявляють себе у закономірностях виникнення, розвитку, призначення та функціонування в суспільному житті, вони розглядаються у зв'язку із загальними положеннями державно-політичної та правової свідомості і вимогами правових відносин й інших правових зв'язків суб'єктів суспільного життя⁴⁵. Як бачимо, хоча й наостанок, зробивши відповідні соціологічно-позитивістському підходу посилання, П. О. Недбайло наголошував на ролі суб'єктів суспільного життя у конструюванні держави і права як наукових категорій.

Продовжуючи дискурс щодо призначення юридичної науки у філософському поясненні суспільного життя, у формуванні та розвитку узагальненої системи поглядів і уявлень про світ загалом і його закономірності, про оточуючі людину явища природи і суспільства, про місце самої людини у світі, правознавець указував, що юридична наука «допомагає людині скласти цілісну картину світу, розібратися в проблемах суспільного і державно-правового життя. Загальнотеоретична юридична думка поглиблює і допов-

⁴⁴ Нерсесянц В. С. Философия права : учеб. для вузов / В. С. Нерсесянц. — М. : Норма-Инфра, 1999. — С. 44.

⁴⁵ Недбайло П. Е. Введение в общую теорию государства и права / П. Е. Недбайло. — К.: Вища школа, 1971. — С. 32.

ннює пізнання законів розвитку суспільства, які розкриває філософія, особливо під час дослідження його конституційної організації принципів законності, правових відносин та інших правових зв'язків соціуму»⁴⁶. П. О. Недбайло акцентував увагу на тому, що «...усі ці чинники та знання розширюють соціальну систему поглядів людини на світ і її місце у світі, підвищують її ідейну впевненість і суспільну активність в управлінні країною»⁴⁷. Сучасні дослідники указують, що у працях П. О. Недбайла наголошується на ролі людини в розвитку правової системи, зокрема, ним гостро критикувалася ідея про права людини як суто державне явище⁴⁸. П. О. Недбайло говорив, що найвищою цінністю є людина, її свобода та щастя. «Людина є творцем матеріальних і духовних благ, мірилом усіх цінностей. Найвища оцінка держави і права полягає в їх оцінці з погляду ідеалів особистості»⁴⁹.

Подібні звертання до антропологічних аспектів права відзначені були у правознавців М. Г. Матузова⁵⁰, О. А. Лукашевої⁵¹, які одними з перших у радянській юридичній науці поставили питання про складні взаємозв'язки права та особистості. Звернемо увагу на те, що радянська юриспруденція уникала поняття «людина», натомість оперуючи поняттям «особистість», яким позначали людину у контексті відповідних соціальних та правових зв'язків. Антропологічний вимір права у дослідженні зв'язку «особистість — право» знайшов своє ґрунтовне висвітлення у роботах видатного вітчизняного правознавця М. П. Орзіха. Для його розуміння антропологічної проблематики характерним є виокремлення різних рівнів правової структури особистості. Так, він говорить про біологічне у людині як її природну основу; соціальний рівень, на яко-

⁴⁶ Недбайло П. Е. Введение в общую теорию государства и права / П. Е. Недбайло. — К.: Вища школа, 1971. — С. 32.

⁴⁷ Там само. — С. 56.

⁴⁸ Кравченко А. П. Вказ.праця. — С. 39; Рабінович П. М. Пам'яті вчителя (до 100-річчя з дня народження професора Петра Омеляновича Недбайла) / П. М. Рабінович // Вісник Львівського університету. Серія: «Юридична». — 2007. — Вип. 44. -С. 6-7.

⁴⁹ Недбайло П. Е. Вказ. праця. — С. 108.

⁵⁰ Матузов Н. И. Правовая система и личность / Н. И. Матузов. — Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1987. — 293 с.

⁵¹ Лукашева Е. А. Право, мораль, личность /Е. А. Лукашева; отв. ред. В. М. Чхиквадзе. — М.: Наука, 1986. — 263 с.

му людина отримує свої особистісні властивості, протистоїть вульгаризаторській біологізації соціального у людині⁵². На його думку, центром, навколо якого обертається вся теоретична та прикладна проблематика прав людини, є соціальний зв'язок «громадянське суспільство — держава — людина». Асоціація громадян конститує публічно-політичну владу, правова форма якої та взаємодія з громадянами є відносинами громадянського суспільства і держави, індивідуальної свободи і публічної влади. Людина, взаємодіючи з державою і суспільством, завжди була не тільки суб'єктом громадянських прав, а й носієм суб'єктивного публічного права. Це означає, як справедливо наголошує М. П. Орзіх, що вся діяльність держави, суспільно-політичні процеси в країні повинні отримати людський вимір, мати критеріальне значення для визначення легітимності політичного режиму, демократичності конституційного ладу, а проблема прав і свобод людини має всезагальне значення⁵³.

Антрополого-правова проблематика стала провідною темою досліджень Львівської лабораторії прав людини — єдиної в Україні наукової структури, у 1996 р. створеної Академією правових наук України спеціально задля досліджень проблем, що пов'язані із здійсненням та захистом людських прав і свобод під керівництвом професора Львівського національного університету імені Івана Франка, доктора юридичних наук (а на сьогодні — академіка Національної академії правових наук України) П. М. Рабіновича.

Розглядаючи проблеми прав людини, П. М. Рабінович безпосередньо використовує антропологічний підхід до права. Йому належить один з перших коментарів положень Конституції України 1996 р. з прав людини і громадянина⁵⁴, відзначений поєднанням формально-юридичного та філософсько-антропологічного підходу до тлумачених норм. Як приклад, наведемо тлумачення статті 21 чинної Конституції України: «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужувані-

⁵² Орзіх М. Ф. Личность и право / М. Ф. Орзіх. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — С. 22-33.

⁵³ Орзіх М. П. Конституционное положение человека в государстве и обществе / М. П. Орзіх // Юридический вестник. - 1997. — № 1. - С. 60-61.

⁵⁴ Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України: до інтерпретації вихідних конституційних положень / П. Рабінович. — Х. : Право, 1997. — С. 63.

ми та непорушними». П. М. Рабінович констатує, що вільність та гідність є фундаментальними характеристиками людини. Поняття «вільність» відображає свободу волі людини, тобто її здатність свідомо, самостійно й добровільно обирати той чи інший варіант поведінки або діяльності, поняття «гідність» відображає унікальну, неперевершену цінність людини⁵⁵.

Антрополого-правничі дослідження Львівської лабораторії прав людини є різноманітними за своєю тематикою: це філософія прав людини, права людини на свободу совісті та охорону здоров'я, соціальні права, механізми захисту прав людини. У цілому можна констатувати формування навколо академіка П. М. Рабіновича наукової школи права прав людини, яка своїм основним методологічним інструментарієм використовує антропологічний підхід до права (О. В. Гришук, С. П. Рабінович, Д. А. Гудима, О. З. Панкевич, Н. М. Раданович, І. Я. Сенюта, Л. В. Ярмол). Певним підсумком роботи школи та лабораторії стало видання колективної монографії «Права людини: антропологічний вимір»⁵⁶.

Формою інституціоналізації юридичної антропології в Україні є проведення щорічних «круглих столів» з питань антропології права у Львівському національному університеті, які сприяють формуванню відповідного наукового співтовариства — неодмінного елементу сучасної науки. У світ вийшли матеріали уже сьомої за рахунком наукової конференції⁵⁷.

Взаємодію людини та права в контексті реалізації антропологічного принципу розглядає В. С. Бігун. Його внеском у сучасну юридичну антропологію є синтезоване поняття «правове людино-розуміння», яке є відповіддю на одне з основоположних питань будь-якої правової системи: «Що є людина та як вона розуміється правом?». Розкриття змісту людинорозуміння передбачає наяв-

⁵⁵ Рабінович П. М. Права людини і громадянина ... — С. 20-21.

⁵⁶ Права людини: соціально-антропологічний вимір / Гудима Д. А., Добрянський С. П. та ін. ; редкол.: П.М.Рабінович (голов. ред.) та ін. — Л. : Світ, 2006. — С. 280. — (Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. — Серія І. Дослідження та реферати. Вип.13.)

⁵⁷ Антропологія права: філософський та юридичний виміри : Статті учасників VII Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 9- 10 грудня 2011 року). — 2-е вид, випр. і доп. — Л. : Галицький друкар, 2012. — 612 с.

ність розуміння людини як феномена взагалі, так і в праві, зокрема⁵⁸. Під правом тут розуміється як так зване юридичне право, або спеціальносоціальне явище — санкціонована державою система правових норм, так і загальносоціальне право, що виникає та існує незалежно від держави (категорія загальносоціального права введена П. М. Рабіновичем для підкреслення відмінності від волевстановленого державницького права). Важливість правового людинорозуміння підкреслюється тим фактом, що право є людським феноменом та існує для людини.

Правове людинорозуміння, на думку В. С. Бігуна, — це система понять, категорій, концепцій, поглядів, підходів, тлумачень, уявлень, ідей тощо, які формують і відображають зміст і форму розуміння людини в праві. Для людини правове людинорозуміння — це здатність осмислювати, осягати сутність, сенс і значення людини в праві⁵⁹.

Антропологічний підхід широко використовує у сфері аксіології права український філософ права О. О. Бандура. У своїй книзі «Єдність цінностей та істини у праві» він зазначає, що головним чинником, який зумовлює розвиток людства як самоорганізовуваної системи є реалізація потенціалу кожного члена суспільства, розвиток усіх його фізичних і духовних здібностей, творчого начала, перетворення особи на особистість, її актуалізація, що дає змогу звільнити соціальну енергію особи та спрямувати її у відповідне русло. Для цього необхідно розкріпачити особу, утвердити її автономний статус, її відмежування від суспільства. Ідеться про посилену увагу до утвердження прав людини, дедалі повнішого задоволення її потреб, захисту її інтересів, навіть про звеличування особистості з розвитком людства. Під особистістю О. О. Бандура має на увазі людину, яка не є виключно природним організмом, а реалізується у своїх людських якостях, тобто як діюча, наділена волею та прагненнями, думками, поглядами, судженнями істота, зі своїми потребами та правами. О. О. Бандура наголошує, що право слід розуміти як засіб регламентації процесу відособлення особи, її індивідуалізації. У XX столітті право в цій його якості втілюється у регулюванні відносин між особою та суспільством із метою їх

⁵⁸ Бігун В. С. Людина в праві: аксіологічний підхід... — С. 156.

⁵⁹ Там само.

гармонізації⁶⁰. Не можна не погодитись з висновком О. О. Бандури про те, що домінування соціоцентричних, державноцентричних установок, які передбачають, що ціле завжди важливіше за частину, а держава незрівнянно більш значна ніж громадянин, не залишає місця для антропологічної проблематики.

С. І. Максимов у дослідженні «Правова реальність як предмет філософського осмислення» здійснив «концептуально-теоретичний аналіз правової реальності в єдності її взаємозв'язаних аспектів: онтологічного, антропологічного, аксіологічного». Зокрема, розглядаючи філософію права і як «правову антропологію, що займається дослідженням взаємозв'язку людини та права, виявленням антропологічних основ права і пошуком відповіді на запитання: що таке правова людина?» і як «феноменологію і аксіологію права (теорія правосвідомості)», що розкриває «ціннісно-сміслові засади права і природи справедливості як основної правової цінності»⁶¹, С. І. Максимов продовжив вітчизняну традицію розгляду понять «правова людина» та «юридична людина». На конкретне запитання: що таке «людина юридична» він, дотримуючись діяльнісного підходу, дає відповідь: «Людина в системі права, людина права — це, насамперед, суб'єкт, агент і носій певних дій»⁶².

У працях С. І. Максимова антропологічний принцип також займає певне місце у зв'язку зі зверненням цього ученого до проблематики прав людини, правової держави та громадянського суспільства⁶³. Взаємозв'язок їх він зазначає таким чином: громадянське суспільство і правова держава є динамічною та статичною сторонами правового суспільства, де спонтанне і раціональне начало, свобода і порядок урівноважені, де підкорення універсальним нормам не пригнічує самостійності та незалежності людини, а сприяє їх виявленню⁶⁴.

⁶⁰ Бандура О. О. Єдність цінностей та істини в праві / О. О. Бандура. — К. : Нац. академія внутр. справ України, 2000. — С. 34-35.

⁶¹ Максимов С. І. Правовая реальность...- С. 6.

⁶² Там само. — С. 235.

⁶³ Максимов С. Права людини: універсальність і культурна різноманітність / С. Максимов // Право України. — 2010. — № 2. — С. 36-43.

⁶⁴ Максимов С. І. Структура правової реальності: феноменологічний аналіз / С. І. Максимов // Вісник Академії правових наук України. — 2002. — № 2 (29). — С. 125-133.

Соціально-антропологічна форма буття правового суб'єкта — особистість, характерною рисою якої є прагнення до власної незалежності і повага до чужої незалежності. Право не може розвиватися без особистісно розвинених людей, воно орієнтується на образ людини як особистості. Структура правового суб'єкта, згідно з С. І. Максимовим, це єдність внутрішнього та зовнішнього, сутності й існування. На зовнішньому рівні — це особа, носій прав і обов'язків, на внутрішньому — носій правосвідомості. Внутрішній план — єдність індивідуальності («внутрішнього Я») і персональності («орієнтація на Іншого»). «Основним моментом структури правового суб'єкта є персона, тобто те, як особистість представлена іншими людьми. Право породжується відносинами між людьми. Для досягнення розуміння у сфері права необхідний дискурс, темою якого було б істинне право, а основою і критерієм — особистість», — констатує С. І. Максимов⁶⁵.

Між правом і людиною можна відзначити таку залежність: право є системою правил, що роблять можливим нормальне життя людини, тоді як основні факти людської природи роблять такі правила необхідними. У цьому сенсі С. І. Максимов розкриває зміст права в антропологічному його вимірі: «...право в одному зі своїх вимірів — антропологічному — може бути визначено як спосіб людської взаємодії (існування), що можливий завдяки людській здатності бути автономним суб'єктом, який визнає таким же суб'єктом будь-кого іншого»⁶⁶.

«Найважливішою проблемою правової антропології є встановлення антропологічних передумов правової теорії. Існує кореляція між «образом людини» і «образом права», суть якої полягає в тому, що будь-яке праворозуміння спирається на відповідну концепцію природи (сутності) людини», — констатує С.І. Максимов⁶⁷.

У своїх працях, зокрема, у монографії «Фундаментальні проблеми методології права» українська дослідниця Л. В. Петрова наголошує, що «...право аж ніяк не можливе без звернення до людської природи (в її цілісності й повноті), коли відшукуються останні за-

⁶⁵ Максимов С. І. Правовая реальность ... — С. 249.

⁶⁶ Там само. — С. 252.

⁶⁷ Там само. — С. 196.

сади, на які спираються запроваджувані норми»⁶⁸. Л. В. Петрова звертає особливу увагу на те, що уявлення про право як вибір людини потребує опори на конкретну філософську концепцію людини, і якщо справжню субстанційну сутність утворює її мисляча та вольова душа або дух, то право, мораль, держава, суспільство як частини єдиного людського універсуму можуть бути зрозумілими як особливі видозміни, предикати того, що становить справжню субстанцію людини.

З огляду на ці міркування, Л. В. Петрова ставить завдання за допомогою онтологічно-трансцендентального синтетичного філософствування як методу цільного і граничного осмислення права «...вивести новітні концепції праворозуміння, нормоутворення та нормозастосування, тобто новітню доктрину права»⁶⁹.

Серед українських філософів, що працюють у царині правової антропології, слід назвати також М. Г. Патей-Братасюк та Л. Г. Удовика. Виданий М. Г. Патей-Братасюк навчальний посібник «Антропоцентрична теорія права»⁷⁰ є, по суті монографічним твором, в якому стисло висвітлені питання з усіх галузей філософії права і, частково — із загальної теорії права, а не тільки антропології права.

Аналіз еволюційного шляху юридичної антропології привів Л. Г. Удовика до висновку про те, що звернення до проблеми розвитку юридичної антропології є закономірним етапом розвитку вітчизняної філософсько-правової науки, яка залучається до світових здобутків юридичної антропології і намагається уникнути згубного ізоляціонізму⁷¹. Цим автором поставлена надзвичайно важлива проблема про співвідношення антропологізації та глобалізації у заломленні до права⁷². Традиційним стало твердження

⁶⁸ Петрова Л. В. Фундаментальні проблеми методології права: філософсько-правовий дискурс / Л.В. Петрова. — Х. : Право, 1998. — С.19-20.

⁶⁹ Петрова Л. В. Фундаментальні проблеми ... — С. 11, 17.

⁷⁰ Патей-Братасюк М. Антропоцентрична теорія права : навч. посібник / М.Патей-Братасюк. — К., 2010. — 396 с.

⁷¹ Удовика Л. Г. Еволюція юридичної антропології / Л. Г. Удовика // Проблеми філософії права. — 2005. — Том III. — № 1-2. — С. 248.

⁷² Удовика Л. Г. Трансформація правової системи в умовах глобалізації: антропологічний вимір: монографія / Л. Г. Удовика. — Х. : Право, 2011. — 552 с.; Удовика Л. Г. Соціально-антропологічні й правові аспекти нанотехнологій /

про ризики та небезпеки, які несе із собою глобалізація, натомість дослідниці обґрунтовано демонструє її об'єктивний характер та антропологічну зумовленість перетворень у правовій системі

Вдалим прикладом застосування антропологічного підходу у галузевому дослідженні видається недавня монографічна праця О. В. Козаченка «Кримінально-правові заходи: культурно-антропологічний вимір». Розмежовуючи гуманістичну парадигму права та антроподицею, автор підкреслює, що гуманістична парадигма зосереджена на особистості, яка вчинила злочин і заслуговує на покарання, тоді як антроподицея не фокусується на правовому положенні окремих суб'єктів правових відносин, що регулюються нормами кримінально-правової природи, а вимагає зосередження саме на правах та інтересах усіх учасників відповідних відносин, що виникають у процесі вчинення або приготування до злочину⁷³.

Увага до людини в орбіті кримінального судочинства властива й фахівцю у досі слабо розвинутій сфері правових знань — віктимології — В. О. Тулякову. Він першим в Україні поставив питання про потреби жертви злочинів і необхідність їх юридичної формалізації. Сьогодні, на його думку, перегляду підлягають: інститут потерпілих від злочину, визначення характеристик потерпілих та їх благ в системі об'єктів кримінально-правової охорони; зміна ролі і значення потерпілих в системі кримінально-правових відносин; визначення примата особистої шкоди у визначенні критеріїв суспільної небезпеки кримінального правопорушення⁷⁴ тощо.

Отже, аналіз вітчизняних досліджень у царині юридичної антропології дає змогу констатувати плюралізм підходів до визначення цього наукового феномену, його предметного поля та проблематики. Очевидним є зосередження науковців на філософських та філософсько-правових аспектах антропології, а також на проблематиці прав людини. Набагато скромнішими виглядають здобутки у прикладній сфері юридичної антропології. Натомість

Л. Г. Удовика // Вісник Запорізького національного університету. — 2010. — Серія : Юридичні науки. — № 1. — С. 18-24.

⁷³ Козаченко О. В. Кримінально-правові заходи: культурно-антропологічний вимір : монографія / О. В. Козаченко. — Миколаїв : Іліон, 2011. — С. 61.

⁷⁴ Туляков В. А. Некоторые вопросы современной уголовно-правовой доктрины / В. А. Туляков // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. — Серія «Юриспруденція». — 2011. — Вип. 1. — С. 24.

у сусідній Росії прикладна антропологічна юриспруденція представлена десятками досліджень, особливо це стосується звичаєвого права народів Кавказу, Сибіру, малих народів Крайньої Півночі. Як контраст — в Україні можна відмітити тільки поодинокі такі дослідження, зокрема, новаторською є постановка питання про фольклорне право⁷⁵.

Акцентуючи увагу на прикладних аспектах реалізації антропологічного принципу, М. П. Орзіх наголошує, що українське право насамперед є нормативним вираженням загальнолюдських цінностей, принципів справедливості та людяності, засобом забезпечення прав і свобод громадянина та людини, основою організації функціонування держави в інтересах людини і всього суспільства. Людина за таких соціально-правових умов стає метою, а не засобом державного устрою і управління, що функціонують для неї і задля неї, забезпечуючи правовий характер у суспільстві і державі. Характерно, що правопорядок визначається не кількістю прийнятих державою законів, а мірою їх виконання. Водночас М. П. Орзіх справедливо вважає, що неможливо зводити соціальну і, зокрема, правову дійсність, істину про право до свободи законодавця до змісту позитивного права. В умовах демократичної трансформації українського суспільства, коли людина конституційно декларується найвищою соціальною цінністю, офіційно проголошується основною складовою національного багатства, двигуном суспільного прогресу та визначальним критерієм оцінки перетворень, зростає значення проблеми правопорядку в країні, забезпечення прав і свобод людини, їх захисту, набуває нового людського виміру проблема співвідношення права, влади та закону взагалі⁷⁶.

Методологічно ця науково-практична система на всіх рівнях формування й реалізації правового статусу людини та громадянина повинна базуватись на концептуальному уявленні про соціогуманітарний зміст права в людському вимірі відносин «людина — суспільство — держава». Законом у демократичній державі та суспільстві є людське буття, а масштабом соціального та історич-

⁷⁵ Чорнобай О. Л. Філософія фольклорного права : автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.12 — Філософія права / О. Л. Чорнобай. — Л., 2011. — 19 с.

⁷⁶ Орзіх М. Ф. Правопорядок и человек / М. Ф. Орзіх // Юридический вестник. — 2002. — № 3. — С. 144.

ного права — сутність людини. Із практичного погляду це означає насамперед, що центр, навколо якого обертається вся теоретико-прикладна проблематика прав людини, базується на соціальному зв'язку між громадянським суспільством, державою і людиною; конституційним вираженням соціального зв'язку в цій системі є інститут громадянства, який в Україні визначається як постійний правовий зв'язок людини і держави; характер цього зв'язку як універсальної моделі громадянства з мінімальними інституційними вимогами не є обмеженням суверенітету держав, а лише формулює критерії її демократичності, готовності до виконання міжнародних зобов'язань. Пріоритетним повинні бути визнані також індивідуальні права людини порівняно з колективними правами, асоційованими за соціальними, етнічними, релігійними та іншими ознаками особистості, правами народів, націй⁷⁷.

Антропоцентристська концепція права і прав людини у різних аспектах розроблялась і висвітлювалась у дослідженнях Львівської лабораторії прав людини. Права людини в цьому підході визначаються як «... певні можливості людини, котрі необхідні для її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно визначаються досягнутим рівнем розвитку людства і мають бути загальними та рівними для всіх людей»⁷⁸.

Головна ідея цієї концепції базується на аналізі зв'язку причин та наслідків: спочатку була людина з її потребами та інтересами, з визначенням своїх можливостей і заборонив, своїх меж персональної свободи. З якими антропологічними категоріями пов'язане поняття «права людини»? У сучасних дослідженнях разом з поняттям «права людини» фігурують, перш за все, такі поняття як «потреба», «можливість», «вимога». Патріархи антропологічної концепції у сучасному українському дискурсі П. М. Рабінович та М. І. Хавронюк свій теоретично-методологічний підхід до аналізу сутності феномена «права людини» визначають як «потребовий»⁷⁹. Різниця між поняттями «потреба» і «права людини» розкривається

⁷⁷ Орзих М. П. Глобализация доктрины и стандартов прав и свобод человека / М. П. Орзих // Юридический вестник. — 2002. — № 4. — С. 67-68.

⁷⁸ Рабінович П. М. Права людини і громадянина : навч. посібник / П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк. — К. : Атіка, 2000. — С.5.

⁷⁹ Там само. — С. 7.

у понятті «можливість». Права людини — це можливість реалізувати особисті потреби, котрі залежать від конкретно-історичного рівня соціально-економічного та правового розвитку суспільства. Право розуміється у самому мировому значенні як справедливість — рівність можливостей. В аналізі поняття «права людини» можна визначити три рівня:

- перший — персональний (Я — самість, самосвідомість) — антропологічний підхід;
- другий — інтерперсональний (Я — другий) — морально-психологічний, соціологічний підходи;
- третій — інституціональний (Я — держава) — юридичний, політологічний підходи.

З точки зору генезису поняття «права людини» перш за все пов'язане з такою базовою категорією, як «самосвідомість». Коли і де вперше з'являється уявлення людини про те, що вона має якесь коло свободи, деякі можливості реалізувати свої бажання? Можливо, у свідомості, а точніше із самосвідомості людини. Коли людина як «перший вільновідпущеник природи» вирвалася з царства дикої природи, розпрямилася на весь зріст і промовила: «Я — Людина! Я маю право!» З цього, зокрема, бере свій початок людська культура. У цьому контексті права людини можна виразити як елемент самосвідомості, точніше такий рівень її розвитку, коли людина не просто відокремлює себе від навколишнього світу, але чітко відчуває багатогранність зв'язків себе зі світом. Таким чином, у смисловому полі поняття «самосвідомість» права людини висвітлюються як відносини внутрішнього духовного рівня свободи, усвідомлення своїх потреб й бажань і початок пошуку шляхів їх реалізації. З цього кроку починається перехід з внутрішнього до зовнішнього буття. Але ж до аналізу поняття «права людини» у зовнішньому полі антропологічних понять більш детально зосередимось на моральному аспекті усвідомлення прав людини.

Головним процесом самосвідомості є самовизначення людини у світі. Цей процес здійснюється у різноманітних напрямках. Одним з головних напрямків є моральний вектор, який пов'язаний з поняттям «права людини». Критерієм розвитку самосвідомості, рівня самовираження, рівня духовної культури особистості взагалі є почуття гідності. Гідність інколи визначають як одне з базових

особистісних прав людини, посиляючись при цьому на міжнародні документи у галузі прав людини, зокрема, на Загальну декларацію прав людини та Конституцію України, в яких практично ототожнюються поняття «гідність» та «права людини». Тому можна зробити висновок, що гідність не є одним з прав людини, але вона, скоріше, є те, що складає сутність цього явища або антропологічне джерело прав людини. На думку О. В. Гришук, ознаки і якості, що характеризують та визначають людську гідність, складають онтологічну основу прав і свобод людини, її правового статусу⁸⁰. Як доказ того, що гідність є не окремим правом, а складовою частиною усіх прав, наведемо ще такий аргумент. Базовим, першим правом людини є, безперечно, право на життя. Але ж людське життя не можна зводити до біологічного існування. Людський вимір життя — це перш за все гідне життя, яке визначається у поняттях: свобода, рівність, справедливість, можливість задовольняти свої матеріальні та духовні потреби. П. Рікьор, аналізуючи антропологічні аспекти сучасних ліберальних теорій справедливості й прав людини, людську самоповагу, гідність відносить до розряду первісних благ, які є водночас мірою та фундаментом й прав людини, й позитивного права: «...будь-яка розумна істота передбачається такою, яка має бажання володіти соціальними первісними благами, без яких вимога свободи була б безпредметною. У цьому відношенні важливо зауважити, що «самоповага» належить до цього переліку первісних благ»⁸¹. Визначивши, що гідність є найважливішою категорією моральної самосвідомості, яка висвітлює сутність поняття «права людини», прослідкуємо також зв'язок цього поняття з протилежними категоріями моральної рефлексії: совість та відповідальність. Людина як розумна істота рефлектує не тільки у позитивних, самостверджуючих поняттях (честь, гідність, самоповага), але й в критичних поняттях, тобто людина спроможна сама себе судити, порівнювати себе-реальну із собою ідеальною, відчуючи при цьому почуття від задоволення собою (гордість) до сумнівів,

⁸⁰ Гришук О. В. Людська гідність у праві : монографія / О. В. Гришук. — К. : Атіка, 2007. — С. 76.

⁸¹ Рікєр П. Право і справедливість / Поль Рікєр ; пер. із фр. — К. : Дух і літера, 2002. — С. 104.

докорів сумління. «Совість» — ще одна категорія, котра висвітлює антропоцентричну концепцію прав людини. Оскільки гідність є внутрішньою, духовною матір'ю таких антропогенних правових явищ, як потреба, вибір, вимога, можливість, свобода; так і совість є джерелом таких проявів буття людини у світі права, як толерантність, повага до іншого, обмеженість свободи волі, нормативність діяльності, відповідальність, обов'язки. У сучасних етичних дослідженнях совість визначається як «... внутрішнє духовне осмислення людиною цілісності своєї життєвої реалізації під кутом зору її принципової моральної оцінки»⁸².

Внутрішнє визначення людиною своїх прав (можливостей, меж свободи) завжди пов'язане з ситуацією вибору оцінюванням себе і ситуації навколо себе. Совість — це моральний вектор оцінювання і вибору людини. Тому виховання людини в дусі ідеології прав людини — це, перш за все, формування її самосвідомості, водночас гідності та совісті. Тоді права людини будуть сприйматися у культурі не тільки як вимоги, можливості і свободи, але як діалектика гідності і толерантності; свободи і відповідальності; можливостей і обов'язків. Таким чином, у антропологічній концепції права людини визначаються як елемент самосвідомості, уявлення людини про свою гідність, свої потреби, інтереси, претензії, внутрішні суб'єктивні можливості їх реалізації. Ця дефініція, звичайно, не охоплює усього багатогранного змісту поняття «права людини». Але без цього внутрішнього уявлення їх не існує взагалі. Вони можуть бути записані у Конституції, продекларовані як головний напрям державної політики та ідеології та не бути реалізованими, тому що потрібне бажання і воля та активність людини у реалізації своїх потреб та захисту своєї гідності. Внутрішня людина (її рефлексія, самосвідомість) неминуче перетворюється на зовнішню, занурюється у навколишній світ і там уявлення самосвідомості знаходять інші смисли, інші можливості, іншу діалектику свободи і відповідальності. Антропологічний підхід до аналізу поняття «права людини» дозволяє зробити ще один висновок. Якщо перші уявлення про права людини зароджуються у самосвідомості, то

⁸² Малахов В. А. Етика / В. А. Малахов. — К. : Либідь, 1996. — С. 188-189.

вона і є найважливішим критерієм рівня розвитку правової культури, правового суспільства та правової держави⁸³.

Антропоцентричне розуміння в українській юриспруденції яскраво втілюється у нормативно-правових актах, перш за все Конституції і законах України. Так, згідно з Конституцією України людина, її честь і гідність визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (частина перша статті 3); органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (частина друга статті 19); усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах (стаття 21); кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості (стаття 23); громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом; не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (частини перша, друга статті 24); кожна людина має невід'ємне право на життя (частина перша статті 27); кожен має право на повагу до його гідності (частина перша статті 28); кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей (частина перша статті 68); виключно законами України визначаються: права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина; засади регулювання шлюбу, сім'ї, охорони дитинства, материнства, батьківства; організація і діяльність органів виконавчої влади, основи державної служби, організації державної статистики та інформатики (пункти 1, 6, 12 частини першої статті 92)⁸⁴.

⁸³ Рабінович П. М. Інструментальна цінність об'єктивного юридичного права П. М. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2(33) — 3 (34). — С. 8-20.

⁸⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення

Аналіз української законодавчої бази дозволяє зробити висновок про втілення у більшості нормативно-правових актів саме антропоцентричного розуміння права. Наприклад, Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» ставить духовну складову особистості у межі правового захисту. Норми Закону гарантують вільне сповідання будь-якої або несповідання жодної релігії кожному індивідууму на території України. Тим самим держава виявляє повагу до індивідуальності кожної людини, а норми цього Закону у сукупності з конституційною заборобою пріоритету жодної ідеології дають широкий простір для духовного самовираження та самовдосконалення вільної особистості.

Закон України «Про захист персональних даних»⁸⁵ розширює конституційні приписи щодо таємниці особистого життя людини та встановлює обмеження щодо збирання і розповсюдження особистих даних про людину. Вважаємо, що з прийняттям цього Закону антропоцентризм в Україні зробив ще один впевнений крок, а держава довела реальність своєї антропоцентристської політики. Рішенням Конституційного Суду України від 20.01.2012 року № 2-рп/2012 у справі № 1-9/2012 встановлено, що інформація про особисте та сімейне життя особи є конфіденційною, а безпідставне збирання, зберігання, використання та поширення такої інформації державою, органами місцевого самоврядування, юридичними або фізичними особами без згоди особи є втручанням в її особисте та сімейне життя.

Визнання людини центром суспільного і державного життя виразно доводять положення законів України «Про звернення громадян» та «Про доступ до публічної інформації». Указаними актами передбачено обов'язок органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб усіх форм власності надавати запитувану інформацію на вимогу особи. Реалізація названих законодавчих актів дозволяє людині впевнено почувати себе у суспільстві, бути активним учасником правової системи.

чення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України у справі № 1-9/2012 від 20.01.2012 року //Офіційний вісник України. — 2012. — № 9. — Ст. 332.

⁸⁵ Про захист персональних даних : Закон України від 1 червня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 34. — Ст. 481.

1.4. КОНЦЕПТ ПРАВА ЯК ПРОЯВ КРЕАТИВНОСТІ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Креативний характер загальнотеоретичної юриспруденції має декілька рівнів свого прояву. З одного боку, креативність є невід'ємною характеристикою використовуваної методології, яка у контексті дослідження проблем розвитку права та держави може лише частково розглядатися як наукова. З іншого боку, креативність пов'язана з формуванням нових категорій юриспруденції. Але у найглибиннішому своєму прояві вона знаходить вираження у концептуалізації права як варіанту формування усталених теоретичних конструкцій, що використовуються у правовому мисленні. У цьому сенсі концепт права є тим, на що націлений креативний пошук.

Наша спроба надати системну інтерпретацію концепту права не має на меті сформулювати «ще одну» дефініцію права чи створити передумови для надання такої дефініції. Варто підкреслити, що спрямованість більшості інтерпретацій концепту права виражена не стільки у його формуванні, визначенні чи практичному застосуванні, скільки у тих структурах правового мислення, які зазвичай використовуються для цього. Відтак проблема креативності при досягненні концепту права пов'язана з теоретичним і наукознавчим аспектами праворозуміння як конструкції, що використовується для позначення сукупності інструментів, за допомогою яких здійснюється раціоналізація та концептуалізація права. Однак саме по собі праворозуміння не є основним предметом нашого аналізу й розглядається радше у зв'язку зі сформованою у вітчизняній (та в цілому пострадянській) традиції загальнотеоретичного та філософсько-правового дискурсу. Ключова проблема, яка стоїть перед нами, — з'ясувати, які структури правового мислення використовуються, коли йдеться про концепт права, та як вони впливають на структуру самої юриспруденції.

Концепт права часто розглядається в ракурсі феноменологічного підходу. Наприклад, до такої позиції тяжіють Є. О. Харитонов та О. І. Харитонova, коли пишуть, що «при характеристиці права (приватного права) як феномену культури (цивілізації), «концепт» — це сукупність («жмут») уявлень, понять, знань, асоціацій,

емоцій, які виникають у зв'язку з використанням терміно-поняття «приватне право», супроводжують і характеризують його»⁸⁶. У цьому сенсі використання концепту для характеристики права тяжіє за своїм методологічним значенням до суб'єктно-об'єктних інтерпретацій правової реальності. Тут право починає розглядатися з точки зору, передусім, ментальних характеристик, що є вигідним при констатації ідеї правового плюралізму.

Показовими з точки зору феноменологічного розуміння концепту права виглядають також судження А. П. Овчиннікової, яка звертає увагу на специфіку інтерпретації концептів правової культури. Дослідниця пише: «сприйняття концептів наводить на думку, що осягнення правової культури є можливим лише крізь призму побудови їх системи, нанизування нових смислів. Тобто якщо поняття визначаються, то концепти переживаються, охоплюючи не лише логічний зміст, але й аспекти їх наукових, психічних, художніх, емоційних, різноманітних побутових ситуативних інтерпретацій»⁸⁷.

Утім, така концептуалізація права не повною мірою вписується в методологічні рамки наукового знання. Феноменологія права як шлях інтерпретації його концептів є можливою лише на рівні філософії права, яка не обмежена критеріями наукової раціональності. У цьому сенсі звернення до концепту права має базуватися на інших підходах. Найвідомішим в юриспруденції варіантом концептуалізації права є англо-американська аналітична традиція, що бере початок від Дж. Остіна та сягає своєї вершини у працях Г. Харта. У цьому руслі розвивається ідея, що будь-яка спроба побудови загальної теоретичної конструкції права, яка претендує на універсальність, є конструюванням концепту права. Саме на це спрямовані наукові розвідки Г. Харта в його відомому «Концепті права», й які послідовно, хоча не без критики свого учителя, сьогодні розвиває Дж. Раз.

⁸⁶ Харитонов Є. О. Категорія «концепт» та її методологічне значення при визначенні та характеристиці права / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Розвиток методології сучасної юриспруденції : матер. Четверт. наук. конф. (м. Одеса, 27-28 березня 2015 р.) ; за ред. Ю. М. Оборотова. — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 36.

⁸⁷ Овчинникова А. Концепты правовой культуры: понятие, структура, содержание / А. Овчинникова // Юридичний вісник. — 2014. — № 3. — С. 8.

Слід звернути увагу, що англо-американська традиція концептуалізації права не використовує ідеї феноменології взагалі. Концепт права тут інтерпретується більшою мірою з позицій аналітичної філософії, тобто з точки зору аналізу «мовних ігор» та їх наслідків для юридичної теорії та практики. Тому важливо відшукати спільну методологічну основу, в рамках якої розуміння концепту було би можливо звести до одного знаменника.

Поняття концепту є одним із центральних для системології — загального вчення про системи, яке охоплює своїм змістом усі загальні та спеціальні теорії систем⁸⁸. Однак, на відміну від феноменологічного розуміння концепту, тут акцент робиться не на його інтерпретативних аспектах, пов'язаних з нашаруванням смислів і значень слова, а на логічних та методологічних властивостях теорій систем. Одна із загальних теорій систем (параметричних) використовує поняття концепту як одного із системних дескрипторів, що використовується поряд із структурою та субстратом. Відтак, концепт — це смисл, в якому якась річ розуміється як система; структура — це системоутворююча властивість чи відношення; субстрат — сукупність елементів системи, тобто річ або речі, на яких відповідна система реалізується⁸⁹.

Для системного методу, представленого параметричною загальною теорією систем, характерним є системне уявлення про об'єкт. Для того, щоб розглядати будь-яку річ як систему, необхідно визначитися з тим, *в якому сенсі* ця річ розуміється як система, тобто обрати релевантний потребам дослідження концепт. Проблема полягає в тому, що у більшості випадків уявлення про об'єкт як про систему відбувається несвідомо, оскільки системне мислення можливе і без використання системного методу (так само можна мислити логічно, не знаючи законів логіки). Зазвичай право сприймається як система «автоматично», без підбору концепту, який би відповідав потребам та меті конкретного дослідження. Найяскравішим проявом цієї проблеми є парність категорій «система права» і «правова система», використання яких є типовим для пострадян-

⁸⁸ Уёмов А. Общая теория систем для гуманитариев / А. Уёмов, И. Сараева, А. Цофнас. — Варшава : Wydawnictwo Universitas Rediviva, 2001. — С. 276.

⁸⁹ Цофнас А. Ю. Теория систем и теория познания / А. Ю. Цофнас. — О. : Астропринт, 1999. — С.55-56.

ської юриспруденції. Однак намагання співвіднести ці категорії за обсягом приречене на невдачу, оскільки вони відображають дві різні системи з двома різними концептами. Інакше кажучи, «система права» і «правова система» є двома різними варіантами системного уявлення про право: у першому випадку використовується концепт нормативності, а в другому — цілісності (тобто зв'язності різних сфер правової реальності).

Отже, невизначеність концепту системного уявлення про право веде до некоректності сприйняття права як системи. Саме тому системна інтерпретація концепту права має базуватися на ідеї концептуального плюралізму, зміст якої можна охарактеризувати таким чином: для певного класу систем може існувати більше одного концепту, на основі яких вони будуються. При цьому важливо розуміти, що побудова систем на основі різних концептів передбачає різне структурування цих систем, а також їх різну субстратну характеристику. Одиначність вихідної системи забезпечується винятково за рахунок усталених в науковій спільноті правил «мовної гри»⁹⁰. Саме тому поняття права можна розглядати як плюралістичне не лише гносеологічно, але й онтологічно.

Отже, концепт права виявляється плюралістичним вже на етапі системного уявлення про нього. У межах структурної онтології права не може існувати єдиного концепту, на основі якого воно могло би бути представлене як система, а, отже, в принципі не може існувати однієї (чи двох, десятих...) дефініції цього поняття. Саме тому не можна погодитися, що начебто неможливість єдиного визначення права пов'язана з тим, що не існує права «взагалі», й воно завжди виражене в конкретних явищах. Такий підхід, по суті, відмовляє праву у бутті поза своїми проявами. Поняття права є плюралістичним через те, що лише від дослідника залежить, з якої

⁹⁰ Такий ракурс розгляду проблеми дозволяє пояснити, яким чином в рамках цілісного простору юридичного наукового дискурсу співіснують різні типи праворозуміння, незважаючи на те, що вони передбачають системне уявлення про право на основі зовсім різних концептів. Конвенційна характеристика поняття права забезпечує доволі високий поріг толерантності до можливого діапазону його інтерпретацій. Відтак, уточнення концепту, на основі якого відбувається системне уявлення про право, стає актуальним лише при виявленні суттєвих розбіжностей в його розумінні.

точки зору йому розуміти як систему (нормативну, натуралістичну, інституціональну, комунікативну тощо). Вибір концепту завжди є проявом свободи волі суб'єкта⁹¹.

Концепт є фактором смислоутворення, а тому системне уявлення про право на основі різних концептів зумовлює й різні варіанти бачення його структури та субстрату (кола феноменів, які включає в себе право). Пошук шляхів концептуалізації права пов'язаний із проблемою праворозуміння, яке постає як одна з фундаментальних методологічних основ сучасної юриспруденції. Щоправда, можна констатувати, що науковий статус праворозуміння є вкрай невизначеним, що зумовлює значні складнощі в побудові цілісної системи юридичного знання. Як видається, виявлення специфіки праворозуміння має базуватися якраз на системному методі в осягненні концепту права⁹².

У сучасній юридичній літературі праворозуміння трактують, виходячи з декількох позицій: як наукову парадигму, як методологічний підхід, як наукову школу. Видається за доцільне здійснити короткий огляд цих трьох основних трактувань із тим, аби показати специфіку праворозуміння як засобу системної концептуалізації права.

Найпоширенішим ракурсом розгляду праворозуміння є його інтерпретація як наукової парадигми. Для цього є деякі підстави. По-перше, будь-який тип та відповідні йому концепції праворозуміння, на відміну від юридичних теорій «середнього рівня», завжди претендують на універсальність, тобто на основі прийнятих в їх межах принципів і постулатів має існувати можливість пояснення усіх правових процесів та феноменів (у цьому плані характерною є позиція Ю. М. Оборотова щодо розгляду типів праворо-

⁹¹ Цофнас А. Ю. Структурная и натуральная онтология / А. Ю. Цофнас // Вісник Одеського національного університету. Сер. : Філософія. — 2007. — Вип. 12. — № 13. — С. 26.

⁹² Одразу зауважимо, що праворозуміння розглядається у цій статті винятково з позицій наукового осмислення права. Ця проблема заслуговує на окремий аналіз, однак ми не поділяємо точки зору тих науковців, які виводять праворозуміння на рівень світогляду (наприклад: Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівні / М. Козюбра // Право України. — 2010. — № 4. — С. 10-21.), оскільки такий підхід, по суті, отожднює праворозуміння з правосвідомістю, образом права тощо.

зуміння як «згустків правового знання»⁹³). По-друге, з точки зору історії юриспруденції можна помітити певні «зсуви» у бік того чи іншого типу праворозуміння — від юснатуралізму в Середні віки, через класичний позитивізм Нового часу та соціологізм першої половини ХХ століття — до сучасних неопозитивістських та комунікативних концепцій (наприклад, у цьому ракурсі розглядає праворозуміння як наукову парадигму В. В. Лапаєва⁹⁴). Ідея розгляду праворозуміння у ракурсі наукових парадигм виражена в тому, що, як зазначає А. С. Токарська, «посткласичне праворозуміння [...] ґрунтується на сучасній — посткласичній — науці, яка заснована на зовсім іншій парадигмі раціональності»⁹⁵.

Водночас розгляд праворозуміння як наукової парадигми не можна назвати точним з точки зору коректності вжитку самого поняття парадигми. Не звертаючись до детального аналізу проблем формування та зміни парадигм, які, очевидно, належать до сфери філософії науки, зауважимо лише, що можна розмежувати «сильний» та «слабкий» варіанти розкриття змісту цього поняття. У класичному, «сильному» сенсі, що був запропонований Т. Куном, використання ідеї парадигми завжди передбачає історичний ракурс розгляду наукового знання. Нормальний і революційний етапи розвитку науки передбачають, що одна парадигма змінює іншу в поясненні фундаментальних основ реальності. Утім, для гуманітарних наук характерним є використання «слабкого» варіанту інтерпретації парадигми, який повертає нас до проблеми концепту права. Так, зазначається, що гуманітаристика використовує поняття парадигми як «прийнятий концепт системного уявлення»⁹⁶, тобто просто як усталений і всіма прийнятий варіант інтерпретації вихідних понять та використання відповідних методів. Екстраполюючи ці су-

⁹³ Оборотов Ю. Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права / Ю. Оборотов // Право України. — 2010. — № 4. — С. 52.

⁹⁴ Лапаєва В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика / В. В. Лапаева. — М. : Российская академия правосудия, 2012. — С. 11-12.

⁹⁵ Токарська А. С. Правова комунікація в контексті посткласичного праворозуміння : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. д-ра юрид. наук : спец. : 12.00.12 «Філософія права» / А. С. Токарська. — К., 2008. — С. 12.

⁹⁶ Цофнас А. Ю. Гносеология : учеб. пособ. / А. Ю. Цофнас. — 2-е изд., исправ. и доп. — Одесса : Наука и техника, 2011. — С. 205.

дження на проблему концепту права і праворозуміння, можна відзначити два принципово важливих положення. «Сильний» варіант інтерпретації парадигми в юриспруденції застосовувати недоцільно, хоча б тому, що основні типи та концепції праворозуміння не змінюють одна одну, а існують одночасно (розвиток юриспруденції у XX-XXI ст. переконливо це демонструє). «Слабкий» варіант інтерпретації парадигми більшою мірою пов'язаний з конвенційною характеристикою юриспруденції й навряд може слугувати точкою відліку для праворозуміння, оскільки виходить за межі наукового та філософського знання про право, охоплюючи різні культурні, мовні, релігійні та інші пласти⁹⁷.

Сприйняття праворозуміння як методологічного підходу є менш поширеним. Між тим, його часто розглядають як альтернативу «парадигмальному» ракурсу розгляду проблеми концептуалізації права. Такої позиції дотримується А. В. Поляков, коли виокремлює природно-правовий, етатистський і соціологічний підходи⁹⁸. Показовими у зв'язку з такою інтерпретацією праворозуміння є дискусії довкола «широкого» і «вузького» підходів до розуміння права, що активно велися у дореволюційній та радянській юриспруденції. Характерним також є використання методологічної конструкції підходу В. С. Нерсесянцем при розбудові лібертарно-юридичної концепції праворозуміння⁹⁹.

У цілому, поняття підходу не так сильно зобов'язує дослідника слідувати прийнятим у рамках наукового знання інтерпретаціям, хоча б тому, що воно допускає набагато більш широкий спектр тлумачень. Класичною є дефініція методологічного підходу, запропонована Е. Г. Юдіним: «методологічний підхід — це принципова методологічна орієнтація дослідження, точка зору, з якої розглядається об'єкт вивчення (спосіб визначення об'єкту), поняття чи принцип,

⁹⁷ Наприклад, навряд чи доцільно називати парадигмою ісламську юриспруденцію, оскільки юридичне знання, яке формується в її рамках, виходить за межі критеріїв наукової раціональності та, власне, правового мислення.

⁹⁸ Поляков А. В. Общая теория права : Феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций / А. В. Поляков. — 2-е изд., доп. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. — С. 62-69.

⁹⁹ Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В. С. Нерсесянц. — М. : Норма — Инфра-М, 1998. — С. 3-5.

який скеровує загальну стратегію дослідження»¹⁰⁰. Таке бачення методологічного підходу яскраво демонструє, що праворозуміння недоцільно розглядати у цьому ракурсі. Передусім, це пов'язано з більш широким спектром використання підходів у юриспруденції, навіть у тих дослідженнях, де проблема праворозуміння взагалі не ставиться, наприклад, на рівні галузевих наукових дисциплін. Разом з тим, використання цілої низки підходів — наприклад, герменевтичного, антропологічного, інституціонального тощо — не породжує відповідних типів чи концепцій праворозуміння.

Нарешті, інтерпретація праворозуміння у контексті наукових шкіл теж заслуговує на увагу, оскільки тут акценти переносяться з наукового статусу праворозуміння на його соціально-психологічні аспекти. Показовим тут є підхід С. І. Алаїс, яка використовує у своєму дослідженні поняття «природна школа права», «історична школа права», «психологічна школа права», «соціологічна школа права», «аналітична школа права», «інтегральна школа права» тощо¹⁰¹. Така позиція виграшно відрізняється від двох попередніх тим, що вона не прив'язує праворозуміння до типу наукової раціональності чи використовуваної методології, а прагне описати його з точки зору академічної соціології. Інша важлива перевага полягає в тому, що розгляд праворозуміння як наукової школи дозволяє зняти проблему типології праворозуміння. Якщо стояти на позиції існування трьох типів праворозуміння, в рамках кожного з яких розвиваються різноманітні концепції, то часто виявляється неможливим включення до цієї типології, наприклад, вчення історичної школи права чи теорії Л. Й. Петражицького, оскільки вони виявляються рівновіддаленими від визнаних типів. Тут же будь-яка концепція праворозуміння, незалежно від її академічної успішності, сприймається як наукова школа.

Однак слід звернути увагу й на недоліки такого бачення праворозуміння. Найбільш очевидний із них полягає у невідповіднос-

¹⁰⁰ Юдин Э. Г. Методология науки. Системность. Деятельность / Э. Г. Юдин. — М. : Эдиториал УРСС, 1997. — С. 160.

¹⁰¹ Алаїс С. І. Проблема праворозуміння в основних школах права : автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук : спец. : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових учень» / С. І. Алаїс. — К., 2003. — 20 с.

ті багатьох існуючих концепцій праворозуміння (не говорячи вже про його типи) тому змісту, який вкладається у поняття наукової школи. У науковій літературі в контексті формування різних концепцій праворозуміння часто використовують поняття наукової школи, але у більшості випадків для характеристики конкретних правових ідей. Наприклад, можна говорити про наукову школу Г. Кельзена, Г. Харта чи Є. Ерліха, проте некоректно говорити про школу юридичного позитивізму чи школу інтегральної юриспруденції хоча б тому, що вони є у певному сенсі безособовими та належать до «третього світу», як його розумів К. Поппер, тобто знаходяться за межами індивідуальної свідомості вченого чи групи вчених. Разом з тим, існує значна кількість шкіл юридичного позитивізму, юснатуралізму, соціологізму та інтегральної юриспруденції, й вони є абсолютно нерівнозначними за своїм внеском у розвиток юриспруденції.

Отже, розгляд праворозуміння як засобу конструювання концепту права ані як наукової парадигми, ані як методологічного підходу, ані як наукової школи себе не виправдовує та не дозволяє пояснити, яким є призначення праворозуміння як специфічної структури правового мислення, і яку роль воно відіграє в юриспруденції.

Як уявляється, найточнішим з точки зору відображення основних властивостей і функцій праворозуміння в юриспруденції є його розгляд як науково-дослідної програми в тій її інтерпретації, яка була запропонована І. Лакатосом. Не заглиблюючись у специфіку розуміння ним розвитку науки та його цікаву заочну полеміку з Т. Куном, слід зазначити, що основна відмінність науково-дослідних програм від парадигм полягає в тому, що вони існують синхронно. Це означає, що науково-дослідні програми розвиваються паралельно, конкуруючи між собою у поясненні реальності, яка належить до об'єкту тієї чи іншої науки. Своєю чергою, це не заперечує можливостей революційного розвитку наукового знання: науково-дослідні програми адаптуються до нових принципів наукової раціональності, не відмовляючись при цьому від своїх вихідних ідей та постулатів.

Такі властивості науково-дослідних програм якнайкраще пасують і типам праворозуміння. Дійсно, можна лише з високою долею умовності говорити про те, що різні типи праворозуміння

змінюють один одного як парадигми. Якраз навпаки, вони існують одночасно, а конкуренція позитивістського та природно-правового типів, власне, створила той філософсько-правовий простір, в якому сьогодні відбувається наукова правова комунікація. Розвиваючись разом із юриспруденцією, ці типи набували рис, властивих новітнім критеріям наукової раціональності (наприклад, орієнтація на принципи додатковості, інтерсуб'єктності тощо). Формування не-класичної (посткласичної) парадигми юриспруденції уможливило розвиток ще однієї науково-дослідної програми: соціологічної. У перспективі може набути статусу праворозуміння комунікативна концепція права. Їх ключова відмінність від наукових шкіл полягає у відсутності необхідності обов'язкового контакту між носіями певної наукової ідеї. Наукові школи завжди локалізовані у просторі, тоді як науково-дослідні програми розвиваються не за рахунок міжособистісного спілкування, а за рахунок існування відповідної наукової ідеї. Наприклад, юридичний позитивізм сформувався за рахунок полеміки різних груп юристів, які належали до різних шкіл та наукових традицій.

Саме розгляд праворозуміння з позицій науково-дослідних програм відкриває перспективи щодо системної інтерпретації концепту права. Системне уявлення права у вигляді певного концепту якраз формує «жорстке ядро» відповідної науково-дослідної програми. Як було показано вище, вибір концепту є проявом свободи волі дослідника, хоча у більшості випадків концептуалізація права відбувається в руслі відповідної наукової традиції. Відповідно до ідей І. Лакатоса, «жорстке ядро» науково-дослідної програми формують ті наукові ідеї, які мають принципове значення для її збереження. Виходячи з цього, кожен тип праворозуміння має містити в своїй основі таку ідею, яка в своїй сутності є сконструйованим концептом права. Спробуємо виявити логічні особливості структур правового мислення в різних науково-дослідних програмах, що зумовлюються відмінностями у системному уявленні про право.

Оскільки юридичний позитивізм у тому чи іншому своєму різновиді є найпоширенішим варіантом концептуалізації права, то слід почати саме з нього. Не має сенсу в тому, аби аналізувати вихідні постулати цього вчення з точки зору його руху від командної теорії Дж. Остіна через фундаментальні розробки Г. Харта до су-

часних інтерпретацій, представлених працями Дж. Раза, Дж. Коулмена, М. Крамера та ін. У концептуальному плані більш цікавими є логічні засоби, які використовуються позитивістами при формуванні концепту права. Ідеться не про ті аргументи, які наводяться на користь інклюзивного чи ексклюзивного варіанту юридичного позитивізму, а про загальний підхід до структурування правового мислення. Тут примітною є стаття Дж. Коулмена «Структура юриспруденції» (2011), яка пропонує ретроспективний погляд на юридичний позитивізм з точки зору логічної аргументації. На його думку, можна говорити про існування шести відмінних підходів до конструювання змісту права: (1) тільки соціальні факти зумовлюють зміст права (змістом права виступають факти індивідуальної та групової поведінки та звичні, типові правила, які за певних умов санкціонуються як правові); (2) тільки нормативні (у тому числі моральні) факти зумовлюють зміст права (усе, що право вимагає, забороняє та дозволяє, залежить від того, що є добрим, бажаним, цінним чи морально належним); (3) і соціальні, і нормативні факти зумовлюють зміст права; (4) соціальні факти *необхідно* зумовлюють зміст права; (5) нормативні факти *необхідно* зумовлюють зміст права; (6) і соціальні, і нормативні факти *необхідно* зумовлюють зміст права¹⁰². Відмінність між підходами (1)-(3) та (4)-(6) полягає в різних семантичних структурах. Позиції (4)-(6) наполягають на тому, що, якщо є право (незалежно від того, реально діюче чи вигадане), то воно *необхідним чином* має певне джерело свого змісту. Позиції (1)-(3) на цьому не наполягають. Вони визначають специфічне джерело правового змісту, але також допускають можливість, що воно може бути й іншим.

Стаття Дж. Коулмена містить детальний аналіз усіх шести позицій. Він показує, які з них більш прийнятні для інклюзивного позитивізму, а які — для ексклюзивного, й як вони можуть бути використані при обґрунтуванні чи, навпаки, спростуванні «тези про розмежування [права і моралі]» («separability thesis»). Однак основну ідею, яка так і не знайшла свого формулювання у цій статті й безпосередньо не виражена в останніх публікаціях представників позитивізму і яка, на наше переконання, виражає концепт права

¹⁰² Coleman J. L. The Architecture of Jurisprudence / J. L. Coleman // Yale Law Journal. — 2011. — Vol. 121. — Issue 2. — P. 62-68.

у його позитивістській інтерпретації, може бути сформульовано так: *право не має власного змісту, тобто змісту, який не був би детермінованим жодними зовнішніми щодо правової системи факторами*. Дискусії позитивістів довкола того, які саме факти є чи обов'язково мають бути джерелом змісту правових норм, лише підтверджують ту тезу, що правові норми відрізняються від усіх інших правил і стандартів, що існують у суспільстві, не змістовно, а формально, а тому правові приписи є примусовими чи такими, що створюють зобов'язання з певної поведінки, незалежно від того, яка саме поведінка вимагається. Це і є «жорстке ядро» юридичного позитивізму, яке отримує різні інтерпретації в концепціях нормативізму, неонормативізму, ексклюзивного чи інклюзивного позитивізму, а також інших його різновидів. У цьому контексті розуміння правової норми за Г. Кельзенем («право — це первинна норма, що визначає санкцію»¹⁰³) залишається хоча й сумнівним з точки зору функціонування правових систем, проте все ж показовим для структур правового мислення, що використовуються у позитивізмі.

Наукове «розгортання» цього концепту в різновидах юридичного позитивізму, формування «захисного поясу» науково-дослідної програми (який, на наш погляд, складається з концепцій праворозуміння як варіантів інтерпретації його «жорсткого ядра») та інституціоналізація відповідних позитивних і негативних евристик (загальновідомо, що методи аналітичної філософії розглядаються позитивістами як найприйнятніші, тоді як діалектика чи феноменологія ними зазвичай відкидається) можуть бути предметом окремого дослідження.

Визначення наукового статусу природно-правової науково-дослідної програми є більш складною задачею, аніж у випадку з юридичним позитивізмом. Це пов'язано з тим, що основні ідеї природного права лежать за межею юридичного знання у його суто науковому сенсі й мають статус філософсько-правових (а подекуди просто філософських) концепцій¹⁰⁴. Із урахуванням цієї обставини

¹⁰³ Кельзен Г. Чисте правознавство. З додатком: Проблема справедливості / Г. Кельзен ; пер. О. М. Мокровольський. — К. : Юніверс, 2004. — С. 495.

¹⁰⁴ Не дарма в юридичній літературі зустрічаються найменування цього типу праворозуміння, які дозволяють констатувати його суто філософсько-правову

розгляд структурних особливостей юснатуралізму може бути обмежено тими теоріями, які сформувалися під впливом ідей Л. Фуллера та Р. Дворкіна в англо-американській традиції й Г. Радбруха та ін. в європейській традиції (остання при цьому має яскраво виражений філософсько-правовий характер).

Характерною рисою природно-правових концепцій є їх спрямованість на пошук безумовних складових права, що можна побачити і в об'єктивістських, і в неокантіанських, і в екзистенціальних, і в психоіrraціоналістичних та інших їх різновидах¹⁰⁵. Саме тому звернення до проблеми конструювання концепту права в юснатуралізмі демонструє, що його може бути сформульовано прямо протилежно формулюванню концепту позитивізму: *право завжди містить у собі стандарти, принципи, ідеї або інші складові, які не залежать від зовнішніх чинників*. Інакше кажучи, право має свій незалежний зміст, а тому правові норми (й інші елементи правової системи) відрізняються від усіх інших правил не лише формально, але й змістовно. Отже, зміст права залежить не лише від соціальних чи нормативних фактів, які у відомому сенсі є зовнішніми щодо правової системи, але й від тих ідей, існування яких у самому праві робить його соціальною системою, змістовно відмінною від інших соціальних систем. Ця теза яскраво виражена у відомій «формулі Радбруха»: «правові розпорядження неможливо визнавати дійсним правом, якщо вони настільки очевидно суперечать фундаментальним принципам справедливості, що суддя, який побажав би їх застосувати замість права, сформував би неправо... Коли несправедливість закону стає нестерпною, він мусить відступити перед справедливістю»¹⁰⁶. Справедливість є ціннісною та змістовною характеристикою права, незалежно від того, що пишуть закони.

Дещо інакше розкривається цей концепт в англо-американській традиції. Наприклад, зміст правової моралі Л. Фуллер

спрямованість — наприклад, філософське праворозуміння, аксіологічне праворозуміння тощо.

¹⁰⁵ Четвернин В. А. Современные концепции естественного права / В. А. Четвернин. — М. : Наука, 1988. — С. 144.

¹⁰⁶ Радбрух Г. Законне неправо та надзаконне право / Г. Радбрух // Проблеми філософії права. — 2004. -Т. II. — С. 89.

розуміє як «природні закони, *властиві* (курсив мій — К. Г.) особливому різновиду людської діяльності, яку я охарактеризував як «справу, спрямовану на підпорядкування поведінки людини керівництву правил»¹⁰⁷. Розгляд цієї групи природних законів саме як властивих праву (і це підкреслюється ще й тим, що він називає їх сукупність процедурною теорією природного права), а не таких, що зумовлюють його зміст, дозволяє стверджувати, що Л. Фуллер використовує наведену вище інтерпретацію концепту права.

Дещо складніша ситуація з правовою концепцією Р. Дворкіна, полеміка якого з Г. Хартом, на думку дослідників, якраз і зумовила виникнення інклюзивної та ексклюзивної версій юридичного позитивізму¹⁰⁸. Однак і в ранніх працях, присвячених проблемі розмежування правил і принципів, і в більш пізніх інтерпретаціях права як цілісності Р. Дворкін сповідує одну генеральну ідею: принципи права становлять зміст права незалежно від того, який існує корпус правових норм. Таким чином, намагаючись спростувати ідею правила визнання, Р. Дворкін наполягає на тому, що дійсність принципів залежить не від їх походження, джерела чи форми, а від їх змісту, який є морально-етичним¹⁰⁹.

Тут цікавим є те, що з методологічної точки зору позитивізм та юснатуралізм в англо-американській юридичній традиції мало чим відрізняються. На це сміливо звернув увагу Дж. Коулмен, хоча сам він не був упевнений у тому, що його висновки є правильними¹¹⁰. Однак розгляд позитивістських та юснатуралістських інтерпретацій концепту права демонструють цікаву тенденцію: джерело змісту права в обох випадках (за незначними винятками) опиняється

¹⁰⁷ Фуллер Л. Мораль права / Л. Фуллер ; пер. Т. Даниловой ; под ред. А. Куряева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ИРИСЭН, 2007. — С. 118.

¹⁰⁸ Чурносов И. М. Правовая концепция Рональда Дворкина : дисс.... канд. юрид. наук : 12.00.01 / И. М. Чурносков. — М., 2014. — С. 81.

¹⁰⁹ Наприклад, це помітно, коли Дворкін зазначає: «деякий принцип є правовим, якщо він фігурує в найбільш розумній теорії права, яка запропонована як виправдання сформульованих у явному вигляді матеріальних й інституціональних норм, що діють в певній юрисдикції» (Дворкин Р. О правах всерьез / Р. Дворкин ; пер. с англ. ; под ред. Л. Б. Макеева. — М. : РОССПЭН, 2004. — С. 102.), тобто критерій належності принципу до права є суто логічним, а не змістовним. Далі залежність віднесення принципів до правових за суто функціональним чи генетичним критерієм стає помітною іще більш яскраво.

¹¹⁰ Coleman J. L. Cited work. — P. 43.

ся винесеним за межі правової системи. З цієї точки зору, сучасний юснатуралізм, протиставляючи себе позитивізму юридичному, є позитивістським методологічно.

Якщо визначальними для побудови концепту права у позитивізмі та юснатуралізмі так чи інакше є проблеми його змісту або джерела такого змісту, то соціологічний тип праворозуміння взагалі не ставить цю проблему, що часто ускладнює його логічний аналіз. Дійсно, навіть побіжний аналіз соціологічних концепцій показує, що ідеї, які сповідують їх автори та прихильники, складно звести до єдиного знаменника. Це пояснюється тим, що соціологічне праворозуміння взагалі не ставить питання про те, чим є право, акцентуючи увагу на його проявах. Розгляд права як соціального факту (право «у житті», що, за Р. Паундом, протистоїть праву «у книгах») знімає проблеми змісту та форми права, його меж тощо, оскільки вони виявляються другорядними. Чи означає це, що сконструювати логічно прийнятний для соціологізму концепт права неможливо?

Як видається, точною відліку при розгляді соціологічного праворозуміння як цілісної науково-дослідної програми, що розвивається довкола єдиного концепту, має бути ідея ефективності. Вона простежується й у Є. Ерліха, для якого поділ норм на первинні та вторинні є варіантом відходу від законодавчого права, і у Р. Паунда з його акцентом на рішеннях судів та адміністрації, що конструюють правопорядок, і у Л. Дюгі з його баченням інституційного плюралізму. Однак прагнення вийти в розумінні права за рамки правил, що встановлюються сувереном, неодмінно передбачає постановку питання щодо розмежування правового і неправового. В. В. Лапаєва звертає увагу на те, що критерієм правового в соціологічному типі праворозуміння виступають не формальні критерії, як у випадку з позитивізмом, і не відповідність іманентним правовим ідеалам, як у випадку з юснатуралізмом, а умовна «сила» регулятора. Той регулятор, який у конкретний період домінує у своїй силі, є правом¹¹¹.

Виходячи з цього, логічне конструювання концепту права у його соціологічній інтерпретації базується на відносній цінності

¹¹¹ Лапаєва В. В. Цит. праця. — С. 68.

права «офіційного». Звідси концепт права може бути сформульовано так: *«правовий характер правил базується на ефективному та сильному (в розумінні відповідної соціальної групи) механізмі примусу»*. Із цього концепту випливає, що в усіх різновидах соціологічного праворозуміння право трактується ситуативно, і з точки зору «зовнішнього спостерігача» встановити чітку межу між правом і неправом неможливо, адже ця межа є динамічною й залежною від цілої сукупності суб'єктивних чинників (у різних ситуаціях правом може вважатися релігійна норма, корпоративний статут, звичай тощо).

Розглянуті типи концептуалізації права пропонують доволі широкий простір для інтерпретацій, що й уможлиблює існування цілої низки концепцій праворозуміння в межах того чи іншого його типу. При цьому спокусливою є ідея пошуку такого концепту, який би дозволив показати структуру права одночасно з точки зору усіх трьох науково-дослідних програм. Тут цікавим є проект інтегрального праворозуміння. Не вдаючись до детального аналізу всіх існуючих інтегральних концепцій, варто підкреслити ту обставину, що з точки зору системного методу один концепт, як правило, формує одну систему, а використання різних концептів формує різні системи¹¹². Відтак, як науковий проект інтегральне праворозуміння стає можливим лише у тому випадку, коли системне уявлення про право допускає логічне поєднання аналізованих вище концептів. На нашу думку, такий концепт є неможливим. Інтеграція смислів права у пошуку всеохоплюючого варіанту його концептуалізації є, у більшості випадків, спробою розширити методологічну базу юридичного позитивізму, «нанизуючи» на нього окремі елементи юснатуралістичного чи соціологічного праворозуміння (так з'являються концепції реалістичного позитивізму, ціннісно-нормативного праворозуміння тощо). Але при цьому не можна говорити про інтеграцію концептів права. З точки зору теорії систем, такий аналіз права є *комплексним*, а не *системним*. Від-

¹¹² Більш детально ця проблема розкривається у контексті методологічного аналізу принципу плюралізму (Горобець К. В. Системний плюралізм: до проблеми методології порівняльного правознавства / К. В. Горобець // Філософія порівняльного правознавства : зб. наук. праць / за ред. О. В. Кресіна. — К. ; Львів: Ліга-прес, 2015. — С. 461-470.).

мінність між комплексністю і системністю виражається в тому, що у першому випадку відбувається осмислення феномену з точки зору розгляду його як системи у різних смислах без створення цілісної системи зі своїм концептом. Якраз такий підхід можна спостерігати в інтегральних теоріях¹¹³.

Саме тому, на нашу думку, слід відрізнити інтегральні проекти комплексного розгляду права від спроб створити методологічну модель, де відмінності між концептами принаймні частково втрачають значення. До таких спроб можна віднести комунікативну концепцію права, яка базується на ідеї інтерсуб'єктивності та пропонує розгляд права з точки зору його дуальної природи¹¹⁴. Однак комунікативна концепція права на сьогодні є радше онтологічною основою праворозуміння, аніж його самостійним типом, і через те ідея дуалізму має більшою мірою онтологічне, аніж гносеологічне значення. Водночас проблема комплексності (а відтак певної механістичності) інтегральних проектів має не-онтологічний статус, а тому комунікативна концепція права не може повною мірою її вирішити.

Проблематика концепту права, його інтерпретацій з точки зору розгляду праворозуміння як науково-дослідної програми є перспективною не лише у ракурсі виявлення структури юриспруденції, але і з позицій формування її сучасної парадигми. Відмінності між концептами, що зумовлюють суттєві розбіжності у сприйнятті будови правової реальності, є неодмінними супутниками правового дискурсу. Концепти виступають ідеями, що структурують знання про право, створюючи передумови для його розгляду як системи. Таке структурування є основним критерієм цілісності,

¹¹³ Коли Г. Дж. Берман пише: «якщо визначати право як діяльність, як процес законотворчості, судового розгляду, правозастосування й інших форм надання правового порядку суспільним відносинам через офіційні й неофіційні моделі поведінки, то його політичний, моральний та історичний аспекти можуть бути зведені воедино» (Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман. — 2-е изд. — М. : Инфра-М — Норма, 1998. — С. 16-17.), то звертає на себе увагу його прагнення поєднати різні аспекти права не шляхом формування єдиного концепту, а шляхом паралельного використання різних концептів.

¹¹⁴ Максимов С. Дуальність права / С. Максимов // Право України. — 2010. — № . 4. — С. 36-42.

зв'язності юриспруденції в цілому та правової теорії зокрема. Різні варіанти системного уявлення про право пропонують альтернативні та такі, що конкурують між собою, наукові концепції, змістовне наповнення яких і створює сучасний правовий дискурс.

Креативний характер пошуку концепту права виражений не лише у неможливості зведення права до одного з варіантів його інтерпретації як системи, але й у принципово відкритій структурі правового мислення. Це означає, що концептуалізація права є феноменом, що визначає розвиток юриспруденції, при цьому створюючи передумови для створення нових варіантів її конструювання.

1.5. ОСНОВНІ КАНОНИ ГЕРМЕНЕВТИКИ

Сукупність всіх елементів і форм прояву державно-правової дійсності, які досліджуються юридичною наукою, являє собою складне соціальне утворення, якому властивий динамічний розвиток, що породжується проблемами суспільства. Отже, при його пізнанні необхідний вироблений теорією і перевірений практикою шлях дослідження. Уперше в історії методологічного знання сформулював загальні риси цього шляху Гегель. «...Пізнання, — писав він, — котиться вперед від змісту до змісту. Насамперед цей поступальний рух характеризується тим, що воно починається з простих визначень і що наступні визначення стають дедалі багатшими і конкретнішими. Тому що результат містить у собі свій початок, і подальший рух цього початку збагатив його (початок) новою визначеністю. В абсолютному методі поняття зберігається у своєму інобутті, загальне — у своєму відокремленні, у судженні та реальності; на кожнім щаблі подальшого визначення загальне підносить вище всю масу свого попереднього змісту і не тільки нічого не втрачає внаслідок свого діалектичного поступального руху, не тільки нічого не залишає позаду, але несе із собою усе придбане і збагачується й ущільнюється усередині себе»¹¹⁵.

Якою ж має бути сучасна методологія пізнання права? Так, наголошується на синтезі класичної, некласичної і постнекласичної

¹¹⁵ Гегель Г.В. Философия права: Пер. с нем. — М., 1980. — С. 92.

дослідницької методології¹¹⁶. При цьому головну увагу приділено постмодернізму.

Для посткласичної (постмодерністської) методології стали характерними особливості:

- 1) визнання неспроможності реалізації проєктів раціоналізації і реформування суспільства з метою досягнення свободи і справедливості;
- 2) відмова від жорстоких детерміністичних схем у поясненні соціальної реальності;
- 3) визнання можливості і навіть необхідності використання різноманітних дослідницьких парадигм;
- 4) забезпечення єдності казуального і аксіологічного підходів;
- 5) використання методів і методик, що поєднують об'єктивні (ритми, цикли, ресурси, стимули, тенденції) і суб'єктивні основи соціальної активності (стереотипи, орієнтації, мотиви, оцінки, забобони, страхи, захоплення);
- 6) становлення зв'язку раціональності, здатності руху до істини з такими соціальними умовами як свобода, автономія, добробут¹¹⁷.

При цьому присвоєння і використання знань інших наук відбувається шляхом так званої юридизації методів (пізнавальних засобів і прийомів) інших наук і формуванням нових юридичних дисциплін на стику юриспруденції і суміжних наук. Ця юридизація, є трансформація неюридичних методів і дисциплін, їх перетворення з позиції права і включення в контекст предмету і методу юридичної науки¹¹⁸.

Однією з сучасних дисциплін, що проходять процес юридизації і активного включення в методологію правознавства виступає герменевтика.

¹¹⁶ Оборотов Ю. Традиции и новации в правовом развитии: Монография. — Одеса: Юрид. літ., 2001; Оборотов Ю.М. Сучасне праворозуміння та визначення права //Актуальні проблеми держави і права. — 2003. — Вип. 18. — С. 4-9; Рабінович П.М. Наука філософії права: до характеристики предмета й методології // Актуальні проблеми держави і права — 2003, — Вип. 18. — С. 14-20.

¹¹⁷ Демидов А.И. О методологической ситуации в правоведении //Правоведение. — 2001. — № 4. — С. 15.

¹¹⁸ Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. — М.: Норма-Инфра. — М. — 1999. — С. 23.

Розуміння предмета герменевтики права потребує попереднього знання етимології і змісту терміна «герменевтика».

Західна юридична герменевтика є застосуванням у сфері права феноменолого-екзистенційної герменевтики. Герменевтика (від грец. *hermeneutikos* — тлумачення) — мистецтво розуміння, осмислення. (Гермес у грецькій міфології був посередником між богами і людьми).

Основоположником сучасної філософської герменевтики є німецький філософ Х. Гадамер. Герменевтика, за Х. Гадамером, це філософія розуміння. Розуміння — це засіб існування людини, що пізнає, оцінює і діє¹¹⁹. За Х. Гадамером, вихідний пункт філософської герменевтики — герменевтичне коло, тобто особливість процесу розуміння, яка поєднана з його циклічним характером. Герменевтичне коло опрацьовується німецьким мислителем як коло цілого і частки: для розуміння цілого необхідно зрозуміти окремі його частки, але для розуміння окремих часток вже слід мати уявлення про зміст (сенси) цілого. Завдання герменевтики полягає в тому, що увійти в герменевтичне коло і зрозуміти його специфіку.

Проблема герменевтичного кола була в центрі уваги у філософії М. Хайдеггера, вчителя Х. Гадамера. На відміну від позитивістської орієнтації філософів, які обстоювали пізнання як таке, що не зумовлене передумовою розуміння, Хайдеггер розглядає останнє як вихідну, необхідну і надзвичайно важливу підставу будь-якого процесу пізнання. Передумова розуміння становить кістяк усякого людського пізнання. Вона передує пізнанню, складає той онтологічний базис, зверху якого надбудовується вторинне розуміння і наукове пізнання взагалі. Якщо, скажімо, ми прагнемо зрозуміти сутність того чи іншого явища, вчинку, події, потрібно, насамперед, осмислити стан у суспільстві загалом (політичний, економічний, моральний, правовий тощо), у співвідношенні з яким й можна зрозуміти сенс певного явища, що відбувається. Це і є герменевтичне коло: передумова розуміння в ньому — осмислення становища у суспільстві взагалі, а саме: власне розуміння — усвідомлення певного явища.

Сучасна філософська герменевтика (Е. Бетті, Ю. Хабермас, П. Рікьор, Х. Гадамер) містить у своїй принциповій концепції без-

¹¹⁹ Гадамер Х.Г. Истина и метод. — М.: Прогресс, 1988. — С.18-38.

ліч хайдеггерівських ідей. Х. Гадамер, зокрема, поділяє погляди Хайдеггера щодо проблеми передумови розуміння. Він також вважає, що «розуміння завжди вбирає в себе передумову розуміння». Разом з тим він вносить корективи в хайдеггерівське вчення щодо передумови розуміння, виходячи з того, що вона зумовлена традицією, на яку зважає кожен дослідник, кожен тлумач. Якщо М. Хайдеггер прагнув переглянути традиційну філософію, то Гадамер, навпаки, закликає звернути увагу на традицію, у тому числі й філософську, як таку, що зумовлює не тільки передумову розуміння людини, але й засіб її буття. Гадамерівське герменевтичне коло означає таке розуміння, яке є взаємодією «руху традиції і тлумача». Як підкреслює Гадамер, «праця герменевтика полягає не у розвитковій процедури розуміння, а в з'ясуванні умов розуміння».

Отже, Гадамер виступає за визнання вирішальної ролі традиції в історичному процесі і в пізнавальній праці людини. Усвідомлення і підкорення традиції — необхідна умова будь-якого розуміння. Набуті знання передують будь-якому розумінню і складають його початкову основу. Мислення без такого засновку є фікцією.

Сучасний французький герменевтик П.Рікьор нотує: «Я називаю герменевтикою будь-яку дисципліну, яка розпочинається з інтерпретації, а слову інтерпретація я надаю його справжнього смислу: виявлення затаєного смислу в смислі очевидному»¹²⁰. Таке виявлення передбачає застосування феноменолого-ейдетичної редукції¹²¹. Редукція (від лат. *reductio* — повернення назад) — термін, яким позначають дії чи процеси, які призводять до спрощення структури якого-небудь об'єкта; методологічний прийом зведення даних до вихідних начал, до їх первісності. Сенса ейдетичної редукції полягає в тому, що індивід (феноменологічне «Я») не мусить цілком довіряти чуттєвому і позитивно-науковому знанню. Він має відмежуватися від цього знання і осмислювати речі в їх первісності («світ до науки»). Суттєво при цьому, що феноменологи успадковують, транслують і відтворюють філософську і правову (платоно-гегелівську) традицію. Сучасне феноменолого-ейдетичне

¹²⁰ Рікьор П. Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. — М.: Медиум, 1995. — С. 408.

¹²¹ Там само — С.371-385.

право є аналогом платоно-гегелівської ідеї права. Саме воно постає передзнанням або передумовою розуміння для юриста.

Поряд з герменевтичним колом, передумовою розуміння, ей-детичною редукцією, ключовим у герменевтиці є й поняття оцінок. Усі положення, в яких ми висловлюємо наші погляди, поділяються на два різко відмінних класи: судження і оцінки. Скажемо, наприклад: 1. «Ця річ біла» і 2. «Ця річ добра». Є корінна відмінність між цими двома висловлюваннями, хоча граматично форма їх цілком однакова, а саме, є підмет і є присудок. У першому випадку, ми чуттєво пізнали річ як таку, що має білий колір. Висловлювання «Ця річ біла» є судженням. У другому випадку ми виказали своє ставлення до речі. Висловлювання «Ця річ добра» є оцінкою. Оцінка ніскільки не розширює пізнання речі, а лише виражає почуття схвалення чи несхвалення стосовно неї. Оцінююча свідомість перевіряє відповідність речі її меті. Тож критерієм оцінки є мета тієї чи іншої речі. Без заздалегідь визначеної мети оцінка неможлива¹²².

З'ясувавши етимологію і зміст терміну «герменевтика», можна визначити предмет герменевтики права. Предметом герменевтики права охоплюється тлумачення концепту права, основних правових понять, норм права і юридичних фактів з метою з'ясування їхнього сенсу.

Як відзначає відомий український правознавець А. А. Козловський: «...увесь правотворчий і правозастосовчий процес здійснюється через розв'язання низки пізнавальних проблем герменевтичного плану: необхідність розуміння соціальної ситуації, з'ясування форм її правової регламентації, роз'яснення основних положень законодавчого проекту, офіційне тлумачення прийнятого закону, неофіційні інтерпретації окремих його приписів у процесі реалізації та застосування права тощо»¹²³.

Вважається, що герменевтичний метод в правознавстві необхідно пов'язати також з існуванням різноманітних правових

¹²² Рикер П. Герменевтика. Етика. Політика. — М.: АО «КАМИ», 1995. — С.3-36.

¹²³ Козловський А.А. Герменевтичні константи правового пізнання // Науковий вісник Чернівецького університету: Зб.наук.праць. — Чернівці: «Рута», 1999. — Вип.62. — С.5.

культур, правових систем, оскільки свобода, демократія, відповідальність інтерпретується в праві різноманітних цивілізацій по-різному. Цим забезпечується перспектива самостійного існування національних правових культур, в тому числі національної правової культури України, з власним виокремленням проблем прав людини, правової держави, розподілу влади, місцевого самоврядування тощо, що забезпечують реальне втілення ідей свободи і справедливості, що відповідають нашому правовому менталітету й умовам юридичного буття.

Зауважимо також, що відмінність між правознавством і державознавством може бути визначена по лінії герменевтики. З урахуванням того, що можуть бути виокремлені так названі герменевтичні науки, тобто науки, що займаються комунікативною взаємодією і внутрішньо пов'язані з мовою, текстом, правознавство — це, безумовно, герменевтична наука, в той час як державознавство не є таким.

Оскільки викладена схема правового функціонування досить універсальна й притаманна будь-якому суспільству на різних історичних його етапах, то сміливо можна стверджувати, що герменевтичність права є однією з найістотніших його властивостей, а герменевтичний процес загалом є основним джерелом і формою його розвитку. З герменевтики виникла і юридична наука як теоретизована форма тлумачення правових ситуацій. Більше того, можна стверджувати, що право настільки є правом, наскільки воно герменевтичне, і юрист є настільки юристом, наскільки він герменевтик. Цього вимагає сама символічно-смысловая природа правової матерії. Адже закон — це «особливого роду вираз думки»¹²⁴, а думка завжди потребує розуміння, розкриття смислу.

Розуміння, визначає далі Ю. М. Оборотов, стосується всіх фундаментальних правових цінностей... Розуміння виявляється універсальним методом пізнання, яке пронизує всю правову сферу¹²⁵.

¹²⁴ Васильковский Е.В. Цивилистическая методология. Часть 1. Учение о толковании и применении гражданских законов. — Одесса, 1901. — С. 23.

¹²⁵ Оборотов Ю.М. Герменевтичний метод у правознавстві // Вісник Одеського університету внутрішніх справ. — 2000. — № 1. — С. 21.

Отже, проблема розуміння як основна проблема філософської герменевтики¹²⁶ є водночас і основною проблемою герменевтики права і, відповідно, предметом самостійної науки юридичної герменевтики¹²⁷.

Однією з важливих герменевтичних проблем є проблема «букви» і «духу» права.

У теорії і практиці позитивного права віддають перевагу букві закону, тоді як у природному праві — його духу та меті.

У першому випадку йдеться про дослівний принцип тлумачення, а в другому випадку — про цільовий принцип, коли тлумачення здійснюється у контексті мети¹²⁸. Суттєво при цьому, що метод екзегез реалізується шляхом застосування граматичного, логічного, історичного і системно-позитивного тлумачення.

У зв'язку з цим виникає запитання: чи можливо ототожнювати юридичні судження з формальною логікою? Історія вирішення цього питання засвідчує, що ні. Вже Аристотель у своїй праці «Органон» виокремлював аналітичні і діалектичні судження. Пізніше ці види суджень були названі апостеріорними і апіорними (І.Кант). Слід визнати, що ототожнення юридичного судження з формальною логікою надає першому точність і достовірність, чого йому часто не вистачає, і в змозі сприйматися позитивно. Однак прагнути звести право виключно до формальної логіки хибно. Ця спроба зіштовхується з нездоланими перепонами методичного плану і з проблемою остаточної мети або спрямованості кожної юридичної системи. Функція права полягає в тому, щоб керувати життям суспільства, і воно не може ігнорувати конкретні реалії, як і зміни на рівні подій і духовних течій. Формальна ж логіка накладає на право печатку догматизму і суворості, несумісних зі складним характером реальної дійсності і гнучкістю життя. Динаміка фактів не співпадає з ритмом і напрямом дедуктивних висновків у дусі формальної логіки. Право не може дозволити заворожити себе міфом про стрункість логічних міркувань і зрадити реальну дій-

¹²⁶ Дільтей В. Виникнення герменевтики // Сучасна зарубіжна філософія. Течії і напрямки. — К.: Ваклер, 1996. — С. 33-60.

¹²⁷ Рабинович П.М. Герменевтика і правове регулювання // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 2. — С. 61-71.

¹²⁸ Оноре Т. Про право/ Пер. с англ. — К., Сфера, 1997. — С. 99-107.

сність. Більше того, за будь-якої техніки суджень, що використовується в праві, праву завжди небайдужа реакція свідомості людей на несправедливість висновків, до яких призводять дані судження. К. Перельман показав, що ніщо не заважає подати юридичне судження у формі силогізму, але така форма жодним чином не гарантує цінності висновку¹²⁹.

Можливо, юридичне судження є судженням діалектичним чи апіорним? Юристи Античності і Середньовіччя, як талмудисти, так і греки чи римляни, а потім італійські глосатори, у процесі міркування йшли не шляхом примусової дедукції висновків з даних правил, але шляхом контроверз, які призводили завжди, завдяки використанню риторики і діалектики, до аристотелівського змісту. Контроверза як прийом чи метод є зіткненням думок. Подібний метод міркувань використовував Гегель, який поєднав протиріччя тези і антитези в одну категорію, синтезував їх. Ідеї К. Перельмана стимулювали роботу вчених Бельгійського національного центру логічних досліджень, останні з яких показали, що логіка, ґрунтована на аргументації, також живить юридичне судження, зокрема, судження, яке має місце при прийнятті судового рішення¹³⁰.

Необхідно більш об'ємно тлумачити метод діалектичного або апіорного судження, який передбачає, що ніякий принцип у жодному питанні не може бути проголошений чи визнаний поза одночасним визнанням протилежного принципу. Водночас юридична діалектика мусить «служити справедливості»: визначення конкретного принципу, який має бути використаний, а не іншого, протилежного йому, не може бути наслідком свавілля, але наслідком вибору чи природного руху, співвідносних із метою чи нормами справедливості або моралі¹³¹.

Врешті-решт, слід визнати змішану природу юридичних суджень. Юридична методологія може бути охарактеризована як процедура з виключно складною структурою, наскрізь пройнятою казуїстикою і діалектикою, як змішання аналізу і синтезу, де операції а posteriori передбачають механізми управління а priori. Юридичні судження поєднують у собі діалектику і формальну ло-

¹²⁹ Бержель Ж.-Л. Вказ. тв. — С. 472.

¹³⁰ Там само. — С. 473.

¹³¹ Там само. — С. 474.

гіку. Причому формальна логіка постає в даному випадку лише як знаряддя діалектики. Але саме формальна логіка надає судженню точності, стійкості і необхідної об'єктивності. Водночас вона не мусить накладати на судження печатку догматизму, непроникного для фактів реальної дійсності; в іншому випадку судження було б відстороненим від предмета права, від життя людей у суспільстві і від процесу складання правил поведінки. Тому формально логіка мусить підпорядковуватися розумному вибору. Рішення, породжені юридичними судженнями, залежать від вибору пропозицій, що використовуються¹³².

Отже, аналіз структури юридичних суджень доводить їхню складну природу. Будь-яка юридична система ґрунтується на фундаментальному виборі принципів, які, між іншим, небагаточисленні, — здатних відігравати панівну роль усередині юридичної системи і визначати її ідейну серцевину і мету. Такі фундаментальні принципи є філософськими. «Ми знаємо, що юридичні судження передусім залежать від вибору пропозицій на філософському рівні (бо саме ці пропозиції постають як фундаментальні посилки) і лише потім — від вибору технічних пропозицій, які забезпечують застосування перших. Зіставлення філософських і технічних пропозицій із фактами призводить до конкретного рішення»¹³³. Тож рішення, породжені юридичними судженнями, залежать від вибору пропозицій, що використовуються. Потім кожен з пропозицій необхідно зіставити за допомогою силогізмів чи послідовних транзитних відносин з наслідками, які можна вивести, щоб отримати можливість співвіднести ці пропозиції, і, використовуючи різні методи аргументації, обрати ті з них (посилки), які будуть застосовані, і, відповідно, визначити сферу їхнього застосування.

Зі сказаного випливає, що необхідно стерегтися абсолютизації у правопізнанні і правозастосуванні формальної логіки. Вплив позитивізму привчив уми ототожнювати юридичну логіку з деяким варіантом формальної логіки, недоліками якої є зловживання і обмеженість. Юридичне судження має особливу спрямованість (кінцеву мету). Право не прагне лише констатувати чи пояснювати факти. Його сенс — дія, пов'язана з оціночним судженням і з

¹³² Бергель Ж.-Л. Вказ. тв. — С. 482.

¹³³ Там само.

реалізацією певної мети, причому цінності і мета не віддаються на власний розсуд наукових досліджень юриста, але приймаються суспільством і тими, хто здійснює владу в суспільстві.

У сучасних умовах ієрархії юрисдикцій слід визнати доцільність телеологічного методу та історичного як еволюційного методу тлумачення. Для телеологічного методу, який ґрунтується на аналізі доконечної мети правила, на пізнанні його соціальних цілей, дух закону посідає першочергове місце, і тільки потім буква¹³⁴. Історичний чи еволюційний метод ґрунтується на тій ідеї, що право є процес, невинний акт створення суспільства, і закони постають усього лише його часовим відображенням, яке мусить еволюціонувати разом зі зміною соціального середовища. Закони, таким чином, можуть бути відділені від первісної волі законодавця і отримати новий сенс для того, щоб пристосуватися до нових ви-мог, які висуває дійсність. Сенс закону може змінюватися з плином часу і залежно від обставин. Тлумачення, ґрунтоване на текстах законів, мусить проникати до духу юридичної системи, яка його породжує. Саме тому переважувати має системний метод тлумачення, який ґрунтується на аналізі положень, які підлягають інтерпретації в межах як мікросистеми, що утворює якийсь інститут, так і в межах макросистеми, правової системи, до якої вони належать.

Цей спосіб тлумачення часто буває ускладнений обставинами міжнародного характеру, коли йдеться про тлумачення договорів. Останнє іноді доручається юрисдикції наднаціонального рівня: саме такі справи з римським договором, згідно однієї з його статей (ст.177)¹³⁵.

Досить часто зустрічаються випадки, коли має місце порушення духу права, проте дотримання його букви. Як приклад — зловживання правом.

Якщо, не порушуючи матеріальних меж свого права, індивід використовує його в збиток іншому індивіду; якщо, дотримуючись букви закону, він порушує його дух, тоді говорять, що він зловживає своїм правом, але ніяк не вживає його на користь, і таке зловживання не може мати юридичних виправдань¹³⁶. Бездумне

¹³⁴ Бержель Ж.-Л. Вказ. тв. — С. 432.

¹³⁵ Там само. — С. 432-433.

¹³⁶ Там само. — С. 442.

застосування юридичного правила загрожує обернутися несправедливими наслідками. Можна мати на своєму боці деяке право, причому користуватися його абсолютною підтримкою, і водночас мати проти себе всю правову систему в цілому.

Юридична техніка, тобто поєднання правил і їх застосування, в змозі бути використана не за призначенням, тобто заради цілей, які проголошені доконечними цілями правової системи. Тож теорія зловживання правом є головним засобом контролю за відповідністю фактичного використання прав їх функції. Саме судова практика, починаючи з середини XIX ст., стала застосовувати цю теорію. Ідея соціальної функції права включена до текстів законів і до багатой судової практики покарань за зловживання правом¹³⁷.

Сфера зловживань правом дуже різноманітна. Неправомірно використовуються головні розділи приватного природного права, усе договірне право, сімейне право, комерційне право, процесуальне право. В адміністративному праві приділяється велика увага поняттю «зловживання владою»¹³⁸.

Таким чином, метод екзегез означає буквалізм, дотримування букви, тоді як телеологічний метод віддає перевагу призначенню законодавчого акту або правила. Тлумачення тексту пов'язане з питанням про те, з якою метою він був написаний. До уваги мають також братися загальні цілі правової системи, такі як свобода, справедливість, безпека та дієвість. Це особливо важливо при тлумаченні законодавчих актів. Той чи інший закон може мати свої власні особливі цілі. Але більш загальні цілі мають враховуватися. Кожний текст має розглядатися на тлі суспільства, частину якого він становить¹³⁹.

З приведеного вище аналізу можна зробити загальний висновок. Проблема «букви» і «духу» права є герменевтичною проблемою. Під «буквою» права розуміють метод екзегез у тлумаченні, а під «духом» права — телеологічний метод. Метод екзегез є відзеркаленням позитивного права, а телеологічний метод — природного права. Практичне значення проблеми полягає в тому, що

¹³⁷ Бержель Ж.-Л. Вказ. тв. — С. 444.

¹³⁸ Там само. — С. 444-446.

¹³⁹ Оноре Т. Вказ. тв. — С. 103-107.

телеологічне тлумачення є джерелом права. Виражається це у правотворчій ролі судової практики.

З викладеного випливає, що особливість реалізації норми законодавчого права зумовлена технікою її застосування: ця норма мусить тлумачитися суддями і всіма юристами.

Блискучим взірцем такого тлумачення є герменевтичне вчення А. Кауфмана про право. За його переконанням, правове рішення неможливо одержати у закінченому вигляді суто дедуктивно з норми, юрисдикція це не просто «застосування закону». Закон — лише взірець рішення, яке пропонується судді. Він не є достатнім джерелом конкретного рішення. Надані судді юридичні норми і конкретна ситуація є лише «сировиною» для одержання «справжнього права».

Німецький юрист вважає, що герменевтичний метод дає розуміння «справжнього» права, бо основу його герменевтичного пошуку складає дещо «онтологічне» (свобода як природний стан людини), яке неможливо вилучити безпосередньо з абстрактної юридичної норми і яким суддя не може «розпоряджатися на свій розсуд», — це «річ-право». Те, чим суддя не може «розпоряджатися на свій розсуд» — онтологічне «річ-право» — не дещо «речово-субстанційне», а сама людина як «персона» (правова особистість); людина існує як «персональні» стосунки, а право — це те, що належить їй у цих стосунках як «персона». «Персона» — це те, що зумовлює сутність і зміст юридичного дмс-курсу (пошук права шляхом говоріння)¹⁴⁰.

Юридична герменевтика виступає проти «хибного переконання», за висловом Кауфмана, в якому стверджується, що всі правові явища можна відбити в загальних поняттях, а потім правову реальність розглянути як прояв чи застосування змісту цих понять в окремих випадках. Насправді норма не може зумовити рішення судді, і суддя в змозі бути «мудрішим за законодавця». Зараз законодавець пропонує судді «недоброякісні взірці рішень», отже, втілювати у реальному житті справедливість спроможний тепер тільки суддя¹⁴¹.

¹⁴⁰ Четвернин В.А. Вказ. тв. — С. 132-136.

¹⁴¹ Там само. — С. 137.

На думку західних правових герменевтиків, тлумачення — це більше, ніж наукова діяльність, це прояв мудрості. Завдання юристів-герменевтиків полягає у тому, щоб право зводилося більше до мудрості, ніж до науки¹⁴².

Пошук права у герменевтичній концепції відмінності між правом і законом своєю підставою має плюралістичну теорію і практику джерел права. У цьому зв'язку К. Цвайгерт і Х. Кьотц говорять про «теорію ухилення від закону», коли закон поступається місцем іншим правовим джерелам¹⁴³. Р. Давід акцентує увагу на «нейтралізації дії конкретних норм через звернення до загальних принципів»¹⁴⁴. Р. Циппеліус наголошує на «суддівській добудові права, встановленого законом; така добудова відхиляється від змісту слів закону і виправляє його там, де закон веде до несправедливих чи безглузвих результатів»¹⁴⁵. Ж.-Л. Бержель і Н. Рулан аналізують едикти преторів і аккультурацію римського права, відзначаючи, що «римський приклад показує цивілізоване обличчя права»¹⁴⁶. Р. Кабріак виокремлює проблему складання кодексів загальних принципів на відміну від їх детальної, казуїстичної регламентації, наголошуючи при цьому на існуванні принципів права, які мають надзаконну силу і які нерідко тонуть в неписаній формі, а також на тому, що розвиток наднаціональних джерел права змушує переосмислити або навіть піддати сумніву традиційні концепції кодифікації з їх дріб'язковою регламентацією¹⁴⁷. Ф. Хайєк критикує позитивних юристів, які вважають, що закон має містити не абстрактні, загальні правила, а конкретні, спеціальні норми, які спрямовують індивіда на виконання конкретних задач. На його думку, принципи і переконання, які спрямовують розвиток права, неминуче черпаються з інших сфер. Існує істина, що має фундаментальне значення, а саме: вирішальними факторами, які визначають вплив соціальної еволюції, завжди будуть вкрай абстрактні

¹⁴² Давид Р. Вказ. тв. — С. 124.

¹⁴³ Цвайгерт К., Кетц Х. Вказ. тв. — С. 17-18, 106-117.

¹⁴⁴ Давид Р. — С. 117-128.

¹⁴⁵ Циппеліус Р. Юридична методологія. — К.: Реферат, 2004. — С. 116-124.

¹⁴⁶ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с фр. — М.: Издат. дом NOTA BENE, 2000. — С. 111-118; Рулан Н. Историческое введение в право. — М.: NOTA BENE, 2005. — 672 с. — С.73-75.

¹⁴⁷ Кабріак Р. Вказ. тв. — С. 405-412.

уявлення про правильне і належне, а не конкретні цілі чи бажання, влада абстрактних ідей ґрунтується, головним чином, на тому, що більшість людей сприймають їх не як теорії, а як самоочевидні істини, які виступають у ролі передумов. Юрист, що практикує, краще виконує своє завдання, якщо належним чином застосовує загальні принципи права, які він вивчив та мусить послідовно застосовувати¹⁴⁸ та ін. М. Марченко підкреслює, що «принципи права є його основними ідеями, вихідними положеннями чи провідними початками процесу його формування, розвитку та функціонування»¹⁴⁹.

Саме принципи відображають у праві те основне, що має бути орієнтовано, спрямовано на його розвиток. У принципах права зосереджений світовий досвід розвитку права, досвід цивілізації. Вони виступають орієнтиром будь-якої правової системи, підґрунтям будь-якої юридичної конструкції. Юридичні правила можуть бути сформовані і відповідно розвиватися лише тоді, коли вони зорієнтовані на загальні принципи права.

Фундаментальні принципи природного права, якими є свобода, захист права власності та справедливість, є надконституційними принципами. Вони є основою інститутів приватного і політичного життя громадян у демократичних країнах. Авторитет окремих фундаментальних принципів, закріплених і захищених міжнародними угодами, наприклад, Європейською Конвенцією з прав людини чи договорами Європейського Союзу, надає їм характеру принципів наднаціонального рівня, які не мусять ігноруватися установчими органами країн, які підписали ці договори.

Ст. 38 Статуту Міжнародного Суду (додаток до Хартії Організації Об'єднаних Націй) визнає джерелом права «загальні принципи права, які визнані цивілізованими суспільствами».

Таким чином, на підставі викладеного можна стверджувати, що принципи права є певними орієнтирами у формуванні права.

Еволюція права веде від ідеї до норм, потім через реалізацію норм — до суспільної практики. Тому, починаючи з ідеї (а ідея часто формулюється у вигляді правового принципу), принцип визначає, спрямовує розвиток права. Водночас правовий принцип

¹⁴⁸ Хайек Фридрих Август фон. Вказ. тв. — С. 85-90, 179-198.

¹⁴⁹ Общая теория государства и права. Академ. курс в 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. — Т.2; Теория права. М., 1998. — С. 23.

не обмежується стадією правової ідеї. У період виникнення, формування правовий принцип збігається із правовою ідеєю. Згодом принцип перетворюється на інші форми правової матерії — норми та правові відносини¹⁵⁰.

Стосовно «добудови права», то варто додати, що обставиною, яка легітимує таку добудову, є спрямованість останнього на забезпечення справедливості. Федеральний конституційний суд Німеччини побачив конституційне втілення цього положення в ст. 20, абз. 3 Конституції Німеччини¹⁵¹. Тож, стає очевидним, що Конституція Німеччини вимагає підпорядкування не лише закону, а й праву. У цьому розумінні «право» включає в себе цінності, здобуті із загальновизнаних, схвалених суспільною правосвідомістю норм, звичаїв і правил, ці цінності становлять основоположні уявлення суспільства про справедливість. Така формула дає дозвіл на існування дещо ширшого кола правил, ніж ті, що встановлені («позитивовані») державною владою. Правосуддя, таким чином, має в цій формулі легітимну базу для добудови права, встановленого законом, — згідно з пануючими у суспільстві уявленнями про справедливість та їхніми смисловими, систематичними й іншими взаємозв'язками у контексті конституційно обмеженого правопорядку. В Україні такою легітимною базою є конституційні преамбула і статті 1, 3, 5, 6, 8, 19, 21, 22 та ін. прямої дії та найвищої юридичної сили, згідно з якими влада у правовій державі обмежена природним правом і суспільним договором.

Варто також указати на рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. у справі щодо призначення більш м'якого покарання. У п. 4.1. даного рішення сказано: «Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, які легітимовані суспільством і обумовлені історично досягнутим рівнем суспільства»¹⁵². У даному контексті передбача-

¹⁵⁰ Лившиц Р.З. Теория права: Учебник. — М.: БЕК, 2001. — С. 200.

¹⁵¹ Ст.20, абз.3 Конституції Німеччини: “Законодавча влада має дотримуватися конституційного порядку, виконавча і судова влада мають дотримуватися закону і права”.

¹⁵² Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15 рп/2004 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 41. — Ст. 2975

ється, що право має безпосередній зв'язок не лише тим, що належне, але й як справедливе.

Сучасний французький юрист Р. Леже наголошує на тому, що закони постійно піддаються змінам, проте у праві є дещо стале. Таким сталим є ідея, яка характеризує систему права. Р. Леже говорить про панівну роль доктрини в Німеччині і Франції. У цих країнах «постійно посиляються на теоретиків права під час судових дебатів, і нерідко навіть у самих судових рішеннях приводяться їх цитати... Саме доктрина забезпечує синтез права, його критику, виявлення правових прогалин, а також сприяє різними способами розробці законодавства. Якщо англійське право є правом суддів, то французьке і німецьке право більшою мірою є професорським правом»¹⁵³.

Доктрина як джерело права своїм корінням сягає у глибоку давнину. Так, найвидатнішим римським юристам надавалося право давати роз'яснення, які були обов'язковими при вирішенні справ у судах. Їх праці ставали частиною нормативних актів, кодексів. Яскравий приклад — Кодекс Юстиніана (VI до н.е.), до якого ввійшли багато положень римських юристів — Ульпіана, Гая, Павла, Папініана та Модестіна, склавши цілий розділ кодексу — Дигести, поряд з Інституціями самого імператора Юстиніана.

У Європейській середньовічній правовій теорії значне місце посідали глосатори (тлумачі), завдяки яким римський правовий досвід отримав розповсюдження.

У XIII — XIV ст. в європейських університетах було вироблено основні правові доктрини, зокрема, доктрину природного права, згідно з якою право вважалося «природним устроєм», незалежним від держави.

Проте не слід вважати, що це джерело зникло в наші дні.

Саме завдяки використанню доктрини виробляються дефініції, засоби та методи тлумачення права. Особливо важлива її роль під час розробки законопроектів. Адже законодавець приймає відповідні рішення, опираючись на ті тенденції, що нею встановлені, та приймає підготовлені нею пропозиції. У процесі судового розгляду судді континентального права досить часто звертаються до

¹⁵³ Леже, Раймон. Вказ. тв. — С. 78-79.

думок інших юристів, які містяться у загальнотеоретичних працях з права, монографіях та статтях.

Зі всього сказаного випливає, що концепція відмінності між правом і законом засадничо й наскрізно прийнята проблемою «букви» і «духу» права. Ця проблема герменевтична. Під «буквою» права розуміють метод екзегез у тлумаченні, а під «духом» права — телеологічний метод. Метод екзегез є віддзеркаленням позитивного права, а телеологічний метод — природного права. У теорії і практиці позитивного права віддають перевагу букві закону, тоді як у природному праві — його духу та меті. У першому випадку йдеться про дослівний принцип тлумачення, а у другому випадку — про цільовий принцип, коли тлумачення здійснюється у контексті мети. Отже, юрист, який застосовує правило, щоразу, коли це правило не цілком зрозуміле, мусить вирішувати герменевтичну задачу. Він, окрім духу закону, мусить керуватися чуттям духу всього права в цілому, духу, яким прийняті всі інші тексти. Практичне значення проблеми полягає в тому, що телеологічне тлумачення є джерелом права. Виражається воно у правотворчій ролі судової практики.

Слід звернути увагу ще й на такий важливий аспект проблеми, який пов'язаний з діяльністю Європейського суду з прав людини. Ратифікувавши Європейську конвенцію про захист прав і основних свобод людини, Україна визнала обов'язковість юрисдикції суду з усіх питань, які стосуються тлумачення та застосування даної конвенції і протоколів до неї.

Таким чином, можна стверджувати, що герменевтичний підхід до права — це не доктринальна абстракція, а сучасна методологія і теорія права, що має безпосереднє практичне значення для кожного правника, незалежно від того, у якій сфері юридичної діяльності він працюватиме.

1.6. РІВНІ ТА СФЕРИ МЕТОДОЛОГІЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Констатація кризи соціокультурних цінностей, зокрема, права і держави, стало загальним місцем в сучасному гуманітарному науковому знанні і публіцистиці. Але наскільки виняткова така ха-

рактеристика стану і розвитку юридичної сфери людського буття? Можна в цьому зв'язку згадати слова І.А. Ільїна, що «вся історія культурного людства свідчить про те, що право і держава періодично вступають у стан глибокої кризи»¹⁵⁴.

У ситуаціях кризового існування права і держави актуалізуються пошуки нових ідей, методів, засобів, що забезпечують стабільність і динаміку правового і державного існування. Із цим також пов'язаний загострений інтерес до питань методології юриспруденції.

Можна стверджувати, що зміни в праві і державі, які супроводжують їх сучасне буття, визначають, що сучасна юриспруденція все більше наповнюється дослідженнями з методології. На цьому шляху не тільки здійснюються розробки методологічного характеру, захищаються докторські та кандидатські дисертації, публікуються монографії та статті, але також вводяться до програм навчальних курсів відповідні юридичні дисципліни. Зокрема, навчальний курс «Методологія юридичної науки» протягом останнього десятиліття читається для студентів V курсу в Національному університеті «Одеська юридична академія».

Звернемо увагу на те, що актуальність методології юриспруденції також зумовлена її прагматичною заданістю і теоретичною спрямованістю. Справді, якщо об'єктом юридичної науки виступають право і держава, то об'єктом методології є ставлення юридичної науки до права і держави. Тут зрозуміла необхідність розмежування тих аспектів методології юриспруденції, які, по-перше, пов'язані з характеристикою самої юридичної науки, а саме — мова права, структура і функції наукового знання, критерії оцінки правової теорії, по-друге, — з особливостями досліджуваного об'єкта, яким виступають право і держава; по-третє, — з пізнавальними установками, цінностями і цілями суб'єкта осягнення права і держави: передзнання дослідника забезпечує йому не тільки можливість осягнення права і держави, але й вихід до нового знання; по-четверте, з формуванням змісту методології юриспруденції.

Можливості сучасної методології дозволяють юриспруденції перейти від вивчення станів її об'єкта, тобто права і держа-

¹⁵⁴ Ильин И.А. Теория права и государства / Под ред. В.А. Томсинова — М. : Зерцало, 2003. — С. 388.

ви, до досягнення цього об'єкта в його змінах і перетвореннях. Не випадково, що у самому розумінні методології як науки про методи помітним стає рух від цього інструментального бачення її призначення до функціональних особливостей методологічного інструментарію. Можна вважати, що відбувається становлення такої методології юриспруденції, в якій для досягнення сучасного правового і державного життя відбувається перехід до наповнення відповідними конструктами змісту методології юриспруденції, визначення її рівнів, напрямків і сфер використання. У цілому йде процес затвердження нової парадигми методології юриспруденції як стійкої дослідної бази, забезпеченої філософськими, загальнотеоретичними і галузевими досягненнями.

Тому обмеження методології юриспруденції сферою філософії права або загальнотеоретичної юриспруденції не може бути прийнятним. Якщо методологія визначає взаємодію об'єкта дослідження і юридичної науки, то це стосується різних юридичних наук. У цьому плані можна говорити про методологію історії держави і права, методологію конституційного права, методологію кримінального права тощо.

Такий комплексний (синтетичний) характер методології визначає її існування у всій системі юриспруденції як цілісності, що включає філософські, загальнотеоретичні, галузеві та інші складові.

Сучасна юриспруденція та система підготовки спеціалістів юридичного напрямку не може існувати без концептуальних та інструментальних підстав, які визначаються філософією права. Не випадковими є не тільки інтенсифікація розвитку філософсько-правових знань, але й їх більш широке використання в юридичній освіті. Показовою тут є різнонаправленість досліджень у сфері філософії права. Яскравий приклад тому — вихід у світ Філософії права п'ятикнижжя під редакцією А. А. Гусейнова та Е. Б. Рожковського¹⁵⁵ і, у свою чергу, пошуки нових форм та прийомів викладання учбової дисципліни «Філософія права», де можна виділити навчальний посібник П. М. Рабіновича в п'яти частинах, перші дві

¹⁵⁵ Філософія права і п'ятикнижжя / Под редакцией А.А.Гусейнова и Е.Б. Рожковского (Сборник статей) — М: Лум.,2012 — 576 с.

якого — Філософія права як наука і гносеологія права вийшли друком в 2014 році ¹⁵⁶.

Незважаючи на те, що в назві першого розділу навчального посібника П. М. Рабіновича філософія права заявлена як наука, автор відступає від характерного для юридичної системи викладення матеріалу. По суті, використовується персоналістичне представлення досліджень різних позицій сучасних вчених, які більш характерні для філософського дискурсу або аналітики про право та державу. Характерно, що у вступі П. М. Рабінович пише, що це не стільки посібник, скільки міні-хрестоматія. У цілому ж така авторська конструкція навчального посібника створює підстави для постійного діалогу як самого автора, так і представлених у навчальному посібнику думок сучасних філософів права України і зарубіжжя з кожним, хто звернеться до матеріалу даного навчального посібника.

Якщо згадати історію становлення філософських досліджень права, то така трактовка може розглядатись як прагнення об'єднати традиційно складений розподіл двох сфер філософії права: перший, що йде від Г. Гуго, коли філософія права — це філософія позитивного права, та другий, розкритий Гегелем, коли філософія права — це філософія природного права. При цьому перший напрямок — це сфера юриспруденції, а другий — філософії. Спроба знайти зв'язок між цими двома лініями в розвитку філософії права отримала своє вираження не тільки в змістовному наповненні навчального посібника, але і в характері самого викладення матеріалу, який відображає позиції різних авторів по всім розділам, темам та питанням.

Підтримуючи саме прагнення П. М. Рабіновича не тільки дати позитивний матеріал по розділам філософії права, але й включити студентів до активного його сприйняття шляхом представлення розгорнутих позицій філософів права, слід констатувати, що тим самим автор створив ситуацію діалогу між філософами як носіями ідей та їх сприйняттям в навчальному процесі, але слід висловити певні сумніви щодо деяких положень та тверджень.

¹⁵⁶ Рабінович П.М. Философия права / уч.пособие, ч.1-2 — Львов : Галицкий узд., 2014.

Перш за все, складно погодитись з П. М. Рабіновичем, який праворозуміння ототожнює з розумінням права¹⁵⁷. І дійсно, кожній людині у системі соціальних комунікацій характерно те або інше розуміння права, але ж не цей виникаючий у людини образ розуміння права є праворозумінням. Для праворозуміння необхідним є, по-перше, визначений рівень правової культури і, по-друге, наявність правового мислення. Тільки за такого рівня, як кажуть герменевтики, передрозуміння, можна прийти до того, що позначається як загальноозначує розуміння права, тобто філософське, наукове або професійне праворозуміння.

Таким чином, не варто ставити знак рівності між категорією «праворозуміння» та категорією «розуміння права», кожна з яких має своє смислове навантаження відносно права. Про те, що таке розмежування праворозуміння та розуміння права необхідно, свідчить матеріал самого навчального посібника, коли автор пише про значну кількість праворозумінь, що не дозволяє визначити предмет філософії права. Звісно, якщо ототожнити розуміння права і праворозуміння, то проблема предмета філософії права виявляється нерозв'язною.

Інша не бездоганна позиція автора навчального посібника пов'язана з розглядом питання про співвідношення загальної теорії права та держави з філософією права. Таке співвідношення розглядається по лінії закономірностей, і вказано, що в філософії права розглядаються філософські закономірності права. Якщо продовжити цю ідею, то загальнотеоретична юриспруденція розглядає юридичні закономірності, які виступають як прояв філософських закономірностей. Тут, у першу чергу, сумнівим видається використання зв'язку «філософська» та «закономірність». До того ж, важко сприйняти трактовку загальнотеоретичної юриспруденції як науки про закономірності, оскільки, по-перше, це не тільки сфера науки, але й галузь духовності, мистецтва, нарешті, віри; по-друге, юриспруденція обернена до різноманіття правових проявів у їх стійких, повторюваних зв'язках, а також у тих випадковостях, які складаються на тенденціях правового розвитку.

¹⁵⁷ Рабінович П.М. Философия права / уч.пособие, ч.1-2 — Львов : Галицкий узд., 2014. — С. 15.

У другому розділі навчального посібника, присвяченому гносеології права, автор в першу чергу зосередив увагу на методології, що цілком відповідає ролі методології як для юридичної теорії, так і практики сучасного правового розвитку. Помітимо, що при цьому П. М. Рабінович використовує термін «методологія філософії права», який викликає сумнів. Мова, мабуть, все ж таки йде про філософію права як методологію.

Не піддаючи сумніву, що методологія включає концептуальний рівень (за термінологією автора, концептуальний підхід), слід відстоювати разом із цим існування інструментального рівня методології. Помітимо, що якщо для концептуального рівня характерні концептуальні ідеї, концепти, концепції, концептуальні підходи і методологічні принципи, то на інструментальному рівні це різноманітні методи: філософські, загальнотеоретичні, приватно-наукові та спеціальні. До речі, такий порівняльний розгляд методології дозволяє побачити стійкі зв'язки філософії права та юриспруденції.

П. М. Рабінович прокламує відому ідею необхідності дотримуватись методологічної дисципліни. Ця ідея розвивається на тлі твердження, що потребовий дослідницький підхід виступає як безальтернативний інструмент виявлення соціальної сутності права і держави¹⁵⁸. Вочевидь, нав'язування даного підходу й виступає як методологічна дисципліна, що навіряд чи узгоджується з методологічним плюралізмом та існуванням різних концепцій праворозуміння у вітчизняній та зарубіжній юриспруденції.

Творчий підхід П. М. Рабіновича, виражений в діалоговому викладі філософії права, дозволяє вивести на новий рівень підготовку студентів з філософії права, буде сприяти формуванню більш глибоких уявлень про методологію юриспруденції та правове життя суспільства, а також тенденції розвитку правової сфери в умовах глобалізації та індивідуалізації сучасного суспільства.

На цьому новому етапі розвитку методології, як справедливо зауважує М. С. Кельман, першочерговим завданням сучасної юриспруденції, в цілому, і української юриспруденції, зокрема, є

¹⁵⁸ Рабінович П.М. Философия права / уч.пособие, ч.1-2 — Львов : Галицкий узд., 2014. — С. 197.

формування методологічної системи¹⁵⁹. Як видається, двома найважливішими підсистемами цієї методологічної системи повинні виступати, по-перше, підсистема, звернена до стану права і держави в цілому, а також окремі їх компоненти і аспекти; по-друге, підсистема, звернена до змін права і держави в цілому, і їх складові. При всьому взаємозв'язку цих двох напрямків дослідження правової і державної сфери — стану і зміни — вони мають специфіку, яка знаходить своє вираження в концептуальній формі, методологічних підходах, методах, специфічних поняттях.

Наприклад, якщо розглядати зміну станів правової системи та її компонентів, то актуальними є питання методології розвитку правової системи, визначення її понятійного складу і пошуки інструментів впливу на трансформаційні процеси, що відбуваються в праві.

Між тим методологія юриспруденції традиційно спрямована на вивчення станів правової системи, виявлення сукупності значень характерних для системи величин, іменованих параметрами стану. Однак правова система знаходиться в постійній зміні, тобто відбувається зміна станів і, таким чином, змінюються параметри, які визначають стан правової системи.

У теорії розвитку серед усієї множини можливих змін виділяють три властивості, які в своїй єдності становлять розвиток. Видається, саме вони характеризують розвиток правової системи. Це незворотність, яка оберігає систему від циклічного повторення; спрямованість як забезпечення накопичення змін і виникнення нової якості; закономірність як відповідність між змінами і причинно-наслідковими зв'язками. Наявність властивостей незворотності, спрямованості і закономірності ще не дає підстав кваліфікувати якісь процеси як розвиток. Тому розвиток передбачає упорядкування, стохастичність (випадковість) і невизначеність, які доповнюються активністю внутрішніх механізмів самоорганізації системи¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Кельман М.С. Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрями розвитку: автореферат дис. доктора юрид.наук.-спеціальність 12.00.01. — Київ, 2013. — С. 1.

¹⁶⁰ Мельник Л.Г. Фундаментальные основы развития. — Сумы: Университетская книга, 2003. — С. 19-23.

Для свого розвитку правова система виходить на рішення двох принципових проблем. Насамперед, вона повинна мати джерела енергії, і, далі, вона має бути певним чином структурована. Для вирішення першої проблеми система має бути відкритою і мати обмін (метаболізм) із зовнішнім середовищем. Для вирішення другої проблеми система повинна бути стаціонарною, тобто володіти станом, при якому кожна її характеристика не змінюється з плином деякого часу. Для самоорганізації системи важливе значення має гомеостазис як стійкість динамічної рівноваги, пов'язаний з постійністю складу і властивостей системи¹⁶¹.

Серед характеристик стійкості системи виділяють як особливі: витривалість як здатність системи уникати незворотного припинення функціонування під впливом зовнішніх факторів; толерантність як здатність сприймати різні несприятливі параметри зовнішнього середовища; резистентність (опірність) як здатність протистояти впливу негативних факторів; стабільність як здатність зберегти свою структуру і функціональні особливості під впливом внутрішніх факторів. Нарешті, стійкість, що постає як здатність системи зберегти свою структуру і функції при різних параметрах зовнішнього середовища¹⁶². У цілому ж, стійкість і всі відзначені її характеристики — витривалість толерантність, резистентність, стабільність — стосовно характеристики правової системи є найважливішими передумовами для її розвитку.

У розвитку правової системи ключову роль відіграють категорії мінливості, спадковості і відбору, які становлять тріаду розвитку правової системи. При цьому мінливість виступає як здатність правової системи змінювати свої властивості. Самі зміни розмежовуються на детерміновані та недетерміновані (зумовлені чинниками випадковості і невизначеності). Спадковість правової системи — це її здатність повторювати характерні ознаки і особливості в ряду подальших змін. Спадковість забезпечує закономірність змін і зростання майбутнього з минулого. Відбір зводиться до виділення властивостей і ознак правової системи, які можуть бути сприйняті в майбутньому. Відбір забезпечує варіанти розвитку системи шляхом вибору з ряду можливих продовжень.

¹⁶¹ Мельник Л.Г. Вказ. твір. — С. 27-29.

¹⁶² Там само. — С. 72 -78.

Таким чином, мінливість, спадковість і відбір є обов'язковими компонентами трансформаційного механізму правової системи, тобто механізму її зміни.

В юридичній літературі справедливо відзначено, що трансформація правової системи означає не тільки такі прогресивні зміни, але виступає як зміна взагалі, тобто включає також непрогресивні зміни¹⁶³.

Слід зазначити, що методологічне наповнення сучасних досліджень правової системи необхідно вести в напрямку визначення руху правової системи України по лінії модернізації (прогресивних змін), на основі врахування сформованих традицій правового життя України, правового менталітету українського народу та його правових інститутів.

Методологію юридичної науки навряд чи припустимо обмежувати методологією правознавства. Уже сьогодні помітне істотне відставання досліджень теорії держави. У цьому плані методологічне значення має обговорення питання про об'єкт юриспруденції. Важко погодитися з вилученням держави зі сфери об'єкта юридичного життя і зведення його виключно до правових аспектів держави. Відсутність досліджень і розробок з державознавства сьогодні призводять до втрати бачення змін, які відбуваються у державній сфері.

Думається, що для розуміння особливостей розвитку юриспруденції, важливе значення має розгляд її об'єкту як складного. Відзначимо принципове значення розмежування об'єктів науки на прості і складні¹⁶⁴. Це дає можливість стверджувати, що юриспруденція має складний об'єкт, яким виступають право і держава в їх специфіці, взаємодії та цілісності. Зверненість юридичної науки до складного об'єкту — права і держави — обставина, що дозволяє констатувати неспроможність ототожнення юридичної науки з правознавством. Тут проглядається втрата державознавства як найважливішої складової юриспруденції. Тому термін «юриспру-

¹⁶³ Удовика Л.Г. Трансформація правової системи в умовах глобалізації: антропологічний вимір. — Харків: Право, 2011. — С. 470.

¹⁶⁴ Грязнов Б.С., Дынин Б.С., Никитин Е.П. Теория и ее объект. — М. : Наука, 1973 — С. 83.

денція» є більш доречним як такий, що відповідає особливостям об'єкту юридичної науки.

Для розгляду питання про співвідношення юридичної науки з її об'єктом, тобто державою і правом, традиційно використовують розмежування понять об'єкта і предмета. Досить докладно ця проблематика представлена в монографії М. С. Кельмана, де, викладаючи існуючі підходи до об'єкта і предмета, автор доходить висновку, що об'єкт науки правознавства — це сфера діяльності вченого, а предмет науки виступає як система знань¹⁶⁵. Не заперечуючи можливості існування різних трактувань об'єкта і предмета юриспруденції, відзначимо, що в даному випадку ніби втрачаються право і держава як реальні явища, що визначають саме існування юридичної науки. Мабуть, використовувана Г. П. Щедровицьким ідея розмежування об'єкта і предмета по тій лінії, що об'єкт існує незалежно від знання й існував до його появи, а предмет формується самим знанням¹⁶⁶, продовжує бути плідною і дозволяє представити, зокрема, розмежування об'єкту юриспруденції як права і держави і предмета юриспруденції як знання про право і державу.

На нинішньому етапі розвитку методологія юриспруденції не лише свідчить про розмежування об'єкта і предмета юриспруденції, а й забезпечує рух юриспруденції до нового знання на основі використання концептуальних ідей, методологічних підходів, різноманітного методологічного інструментарію.

Твердження про те, що держава — це сфера політології, призводить до того, що в динаміці відносин права і держави, по суті, зберігаються ті уявлення, які пов'язані з ідеями держави — нації (національної держави). Не враховується десакралізація держави, що відбулася у сучасну епоху, яка характеризується кризою ефективності держави і кризою довіри до держави. Стосовно сучасних міграційних потоків не розглядаються питання взаємодії людини і держави, а також за межами досліджень юриспруденції залишаються нові моделі відносин громадянина і держави.

¹⁶⁵ Кельман М.С. Юридична наука : проблеми методології. — Тернопіль : ТзОВ «Тернограф». — 2011. — С. 256.

¹⁶⁶ Щедровицкий Г.П. Проблемы методологии системного исследования — М. : Знание. — 1964. — С. 14.

Прикладом неспроможності відмови розглядати державу в якості об'єкта юриспруденції може бути теоретична і нормативна модель соціальної держави в юриспруденції, яка залишається все далі від змін у сучасній державі. Тим часом, відбувається модифікації соціальної держави, її динаміка до держави «соціальних інвестицій» (неопатерналістська держава), з перерозподілом ролей від державно-владних структур до структур громадянського суспільства, формування змішаної економіки соціального забезпечення із скороченням функцій держави, що в реальності означає зміну парадигми соціальної держави, що підсилюється тенденцією до зближення різних типів соціальної держави¹⁶⁷. Багато в чому це залишається за межами юридичного знання.

Інституціональні характеристики сучасної держави, на жаль, недостатньо зв'язуються з проблематикою сталого розвитку. Тут, на тлі історії існування держав і виділення тупикових форм еволюції держави, де панували закриті ієрархії владних інститутів, надпродуктивною є концептуальна ідея «відкритої держави», що є синтезом авторитету і соціальної відкритості, яка слабо використовується в юридичній теорії і не отримує належної фундаментальної та нормативної розробки в середовищі юристів¹⁶⁸.

У цілому проглядається цікава логіка відносно досліджень держави, формування теорії держави в юридичних розробках. Якщо за радянських часів це була проблематика обраних дослідників — за ознакою лояльності до існуючої влади, то сьогодні вона ніби залишилася такою за рахунок поширення ідеї про те, що держава не є об'єктом юридичної науки. У розглянутому аспекті характерною є заява відомого фахівця з питань методології права Д. А. Керімова, який пише, що проблема методології держави, на жаль, поки не обговорюється¹⁶⁹.

У методології юриспруденції визначальним фактором існування права і держави були і залишаються традиції як центральна

¹⁶⁷ Родионова О.В. Неопатерналистское государство как оптимальная модель современного социального государства // ОНС. — 2012. — № 4. — С. 97 — 101.

¹⁶⁸ Афанасьева О.В. Открытое государство как институт устойчивого развития // ОНС. — 2013. — № 2. — С. 61с.

¹⁶⁹ Керимов Д.А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. — 6-изд. — М. : Изд-во СГУ — 2011. — С. 88.

ланка цих соціокультурних цінностей. Зауважимо, що такий правовий феномен, як конституція — це найважливіший інструмент традиціоналізму, те ж саме можна сказати про інститути держави.

Зміни в праві і державі також пов'язані з кризою і руйнуванням традиційних цінностей права і держави, широким використанням інновацій у теорії та практиці правового і державного життя. Не випадково інноваційність стає важливим компонентом існування сучасної юриспруденції.

У сучасних дослідженнях при характеристиці інновацій розмежовуються матеріально-технічні та соціальні інновації. При цьому соціальні інновації більш тісно пов'язані з особливостями їх користувачів. Звідси труднощі соціальних нововведень, оскільки предметом змін тут стають, по-перше, люди, їх статус, звички, установки, поведінка, цінності й уявлення; по-друге, традиційний уклад суспільства, його соціальні інститути, моделі відносин між людьми¹⁷⁰.

Інновації в правовій і державній сферах виступають різновидом соціальних інновацій і зумовлені складностями їх впровадження, які пов'язані з можливою імітацією необхідних змін без фактичної реалізації. У цьому плані великого значення набувають розробки інноваційності як успішного впровадження нових правових і державних ідей в соціальне життя.

Тут методологія юриспруденції може бути тим ресурсом, який забезпечить просування інновацій в праві і державі, сприятиме позитивному відношенню до цих інновацій.

Як вже зазначалося, якщо юридична наука вивчає об'єкт, яким виступають держава і право, то методологія юридичної науки звернена до взаємодії юридичної науки з її об'єктом. Цю спрямованість методології юриспруденції відображають, у першу чергу, методологічні підходи, що складають основу сучасної юридичної методології. У цьому зв'язку зауважимо, що використовувані методи виступають як інструменти в різних підходах. Підкреслимо, що сучасна методологія дозволяє юриспруденції перейти від вивчення станів об'єкта до досягнення права і держави в їх змінах і перетвореннях.

¹⁷⁰ Лебедева Н.М., Бушина Е.В., Черкасова Л.Л. Ценности, социальный капитал и отношение к инновациям // ОНС. — 2013. — № 4. — С. 29.

Таким чином, відбувся рух в самому розумінні змісту методології юриспруденції до з'єднання інструментального і функціонального призначення методології. Показово в цьому плані обґрунтування в дисертаційних дослідженнях різноманітних підходів, що становлять сучасну методологію юриспруденції. Серед найхарактерніших для сучасних розробок можуть бути названі такі підходи, як антропологічний, аксіологічний, цивілізаційний, синергетичний і герменевтичний. По суті, кожен з названих підходів визначає стратегію дослідних пошуків у взаємозв'язку юриспруденції з правом і державою.

Можна констатувати, що сучасна методологія юриспруденції плюралістична за своєю природою, оскільки стверджує наявність різних підходів до одного й тому ж об'єкту — права і держави. Одночасно це розміття підходів є свідченням переходу методології юриспруденції на новий рівень розвитку. Чим більше підходів пропонує методологія при досягненні об'єкта, тим ширші можливості для його багатогранного аналізу юридичною наукою і тим вищою є ефективність наукових досліджень права і держави.

1.7. СИСТЕМНИЙ ПІДХІД ЯК ЗАГАЛЬНОНАУКОВА ПЕРЕДУМОВА МЕТОДОЛОГІЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

- Як ви до цього додумались, Холмс?

*- Дедуктивний метод, Ватсон,
дедуктивний метод.*

Чи дійсно Шерлок Холмс користувався дедуктивним методом — на це питання не так просто відповісти, як і на питання про те, чи побудована дедуктивним методом евклідова геометрія. Грубо кажучи, дедуктивний метод відрізняється від індуктивного зовсім не тим, що це рух думки від загального до конкретного, як часто вважають і як, скоріше за все, вважав сам Артур Конан Дойл, а тим, що на відміну від індукції, дедукція не потребує звернення до досвіду. Дедуктивний висновок витікає з самої форми міркування. Правильно будують міркування і роблять висновки практично всі герої А. Конан Дойла. Не так просто знайти в розповідях про Шерлока Холмса підтвердження будь-яких особливих дедуктивних здатностей головного героя. Набагато частіше ми натрапляємо

на незвичайну спостережливість Холмса, на його вміння будувати узагальнення цих спостережень і отримувати досить вірогідний, але все ж, часом помилковий, висновок. Майже всі приклади А. Конан Дойла — прекрасні приклади для опису різних видів індукції, які придатні, наприклад, для ілюстрації знаменитих канонів Дж. Ст. Мілля.

Між тим дедуктивний метод міг бути легко знайдений, якщо б Холмс десь чітко сформулював загальне послання — подібне тому, яке відоме кожному юристу: якщо злочин скоєно, значить, це комусь вигідно. Після цього треба було запропонувати малі послання, а висновок напросився б сам собою. Однак кожен юрист знає і те, що дане загальне послання, суворо кажучи, не є досить загальним — існують злочини, продиктовані не міркуванням вигоди і навіть взагалі нічим не мотивовані. Крім того, добір послань якраз є найбільш проблематичним. Усе це вказує на межі практичного застосування і цього, й інших логічних засобів пізнання.

Звичайно, коли юрист почне зіставляти які-небудь документи чи просто міркувати — чи то в суді, чи наодинці з собою, він не обійдеться без дотримання правил логіки. Але яка користь від індукції і дедукції для сучасних пінкертонів і холмсів? Слідчий, як і дослідник природи, перш за все стоїть перед необхідністю розгадати якусь певну таємницю. А як писав в одному із своїх романів відомий сучасний філософ Умберто Еко, «розгадувати таємницю — це не те ж саме, що дедукціювати із першооснов. Це також не одне і те ж, що збирати багато конкретних даних і виводити з них універсальні закони. Розгадувати таємницю частіше за все означає мати в своєму розпорядженні не більше одного, або двох, чи трьох конкретних даних, які не мають, з зовнішньої точки зору, ніякої схожості, і намагатися уявити, чи не можуть всі ці випадки являти собою прояв деякого універсального закону, який особисто тобі поки невідомий і взагалі невідомо, чи був він колись виведений»¹⁷¹.

Можна сказати так: володіючи двома-трьома конкретними даними, здається, не схожими між собою, все ж можна пов'язати їх в одне ціле одним тільки способом — уявити їх як систему. І без

¹⁷¹ Еко У. Имя розы: Детектив.// У.Еко. — Вып. 2. — Пер.с ит. — М.: Книжная палата, 1989. — С. 256-257.

цього системного уявлення дійсно ніколи не обходиться юрист — незалежно від того, чи зайнятий він адміністративним правом, чи розслідує злочин, виступає в суді чи зайнятий складанням звіту про зроблену роботу, пише новий закон чи інтерпретує вже існуючий. Саме юридичне знання не може бути основане і побудоване без залучення системного підходу. Навіть якщо юриспруденцію розуміти занадто вузько — як лише виконання законів, прийнятих ким-небудь за політичними мотивами, то і тоді без системних ідей не обійтись.

У попередньому випадку можна, мабуть, ще раз погодитись з Умберто Еко (а, точніше, як і в першому випадку, з героєм його роману «Ім'я троянди» Вільгельмом), що істинність будь-якої інтерпретації нічим не може бути підтверджена, крім авторитета інтерпретатора¹⁷². Дійсно, посилання на автопортрет є неприйнятними при обґрунтуванні істинності знання, але стають звичайною справою, коли мова йде про інтерпретацію. Однак залишається відкритим питання, чому все ж таки одні інтерпретації — незалежно від істинності — виявляються більш прийнятними, ніж інші. Вірогідно, в умовах, коли істина невідома (а хто з нас претендує на знання саме Істини з великої літери?), ми завжди обираємо з усіх можливих найціліснішу інтерпретацію, тобто більш повну, завершену, а головне таку, в якій наші два-три факти будуть тісно пов'язані, що вони передбачають один одного кон'юнктивно або витікають один з одного імплікативно.

Якщо вважати, як це прийнято, юриспруденцію гуманітарною наукою, то її претензії на науковість накладають на неї особливі обов'язки. В якому випадку гуманітарне знання взагалі, і юриспруденція, у тому числі, перетворюється на гуманітарну науку?

Абсолютно звичною і неоспорюваною ознакою науковості знання визнається його системність. Взагалі ніхто — ні вчений, ні режисер, ні мистецтвознавець, ні правознавець, ні політик — не обходиться без слова «система». Достатньо згадати численні посилання на «системи знання», «системи референції», «системи законів», «системи суспільних відносин», «системи державного управління», на «теорію як систему» тощо. Посилаються не

¹⁷² Еко У. Имя розы: Детектив.// У.Эко. — Вып. 2. — Пер.с ит. — М.: Книжная палата, 1989. — С. 210.

обов'язково структуралісти (як це робив Р. Барт в поетиці: він аналізував «повноцінні знакові системи», як він їх називав і, так би мовити, «неповноцінні» — невербальні «комунікативні системи, які ґрунтуються на принципі аналогії»¹⁷³).

Для всіх дисциплін посилення на «системи» — справа природна і звична. Що ж стосується юриспруденції, то і теоретичну, і практичну роботу юриста ми уявляємо саме системно — дякуючи чи засвоєним парадигмам права, наприклад, європейським, чи організації цієї роботи за канонами розуму або ще якимось іншим причинам. У правознавстві світ можливих юридичних норм являє собою джерело безмежної багатоманітності різних систем і структур.

Юрист припускає, що не тільки він сам, але й ті, кому закон адресований, хоча б в якійсь мірі володіють правосвідомістю, тобто знаходяться в тому ж самому структурному полі, що і законодавець, та ще й сприймають правосуддя як певну систему. Правосвідомість передбачає той чи інший ступінь розуміння правових норм. Але будь-яке розуміння — не більше, ніж модель об'єкта. При цьому ніякої абсолютної та єдиної можливої моделі не існує — інакше це суперечило б принципу фаллібілізму К. Поппера: ніяке знання, а тим більше розуміння, не безгрішне, і повинно, якщо воно є дійсно знанням і розумінням, а не продуктом якої-небудь ідеології, допускати своє уточнення або навіть спрощення і, відповідно, зміну. Це означає, що наявних інтерпретацій правових норм завжди більше ніж одна. Інакше кажучи, правосвідомість в цілому являє собою багатоманітність різних моделей, побудованих навколо відповідної системи права. При цьому всяка модель — це певне системне уявлення предмета — адже, як сказано, іншого способу розуміння, крім системного підходу, немає. Виходить, що всякий аналіз правосвідомості — це аналіз систем, так чи інакше моделюючих — знову таки системи юридичних норм.

Таким чином, побудова правознавства як системи знання — неодмінна ознака його науковості, застосування системного методу в такій побудові виправдано. Але при цьому для юриспруденції,

¹⁷³ Барт Р. Риторика образа // Р.Барт. Избранные работы: Семиотика. Поэтика / Пер. с фр. — М.: Прогресс, 1989. — С. 297.

як і для інших гуманітарних наук, виникає проблема вибору адекватної концепції системного підходу.

Цілий ряд концепцій системного підходу орієнтований виключно на речі, які взаємодіють фізично (система як «комплекс взаємодіючих елементів») або на логіко-математичний аналіз (система як «множинність з відносинами»). Однак юриста цікавить не стільки «множинність», яка потенційно передбачає деякий рахунковий об'єм, і не фізично взаємодіючі предмети, а, перш за все, якісні характеристики. Наприклад, кількісне зростання (або зниження) злочинності або зміна тієї ж правосвідомості. Тут потрібна особлива концепція системного підходу.

У працях А.І.Уймова зібрано і узагальнено декілька десятків визначень «системи»¹⁷⁴. У результаті узагальнення було отримано два (тотожних одне одному) визначення — таких, що інші визначення повинні бути визнані або логічно некоректними, або виходити з запропонованих в якості конкретних випадків. При цьому не передбачається ні кількісний аналіз об'єкта дослідження, ні навіть виключно логічний аналіз, який не передбачав би звернення до носіїв відносин.

Відповідно до одного (із двох можливих) визначень, системою повинен бути визнаний довільний об'єкт, який містить деяке відношення, яке наділене заздалегідь припущеною властивістю.

У цьому визначенні наперед фіксованою (не обов'язково чітко усвідомленою) властивістю — у різних випадках — можуть бути, наприклад: задумка автора закону, вимоги до норм права, ціль законодавця або користувача закону, а також уявлення носія правосвідомості про справедливість і т.ін. Це і є концепт системного представлення. Концептом наслідкової версії (як системного представлення наявних фактів, які потрібно пов'язати в одне ціле) може виступати припущення слідчого щодо цілі злочину, а відповідно до цього доводиться обрати із «виробничої» суто «особисту», «політичну» і т.п. версію. Досить часто концепт не формулюється явно, а лише мається на увазі, автоматично припускається. Так, закони цивільного, адміністративного, кримінального права можуть і не посилатися на Конституцію, але саме її положення виступають

¹⁷⁴ Уемов А.И. Системный подход и общая теория систем / А.И. Уемов — М.: Мысль, 1978. — С. 98-125.

концептами і саме вони визначають системоутворюючі відносини будь-якої конкретної правової системи.

Структурою виступають деякі відносини, а саме такі, які здатні втілити цю задумку-концепт юриста. Структура — найважливіша характеризуюча властивість системи, саме на неї, головним чином, спрямована увага юриста. Співвідношення законів один з одним, відношення правового акта до контексту його застосування або (в роботі слідчого) взаємозв'язок подій злочину і речових доказів — ось і те, що перш за все, викликає стурбованість юриста. Але системний підхід тим і відрізняється від структурного підходу, що структури розглядаються не самі по собі, не окремо від речей, а саме разом з речами, які інтерпретуються.

Матеріал, на якому виконується структура, — тобто, скажімо, окремі закони в системі законів, конкретний правовий акт в конкретній політичній ситуації, окремі події злочину в слідчій версії — виступає субстратом. Таким чином, *«системним уявленням називається процедура (як і її результат) перетворення будь-якого об'єкта в субстрат для деякої структури, яка відповідає заздалегідь фіксованому концепту»*¹⁷⁵.

Системне уявлення не самоціль, а тільки засіб системного підходу. Багато характеристик предмету інтересів юриста взагалі не можуть бути визначені інакше, ніж через попередній розгляд цих предметів в системному вигляді. Наприклад, юрист не може обійтись без свідомого чи підсвідомого уявлення про систему, коли відповідає на питання про те, чи завершена його система права чи ні, тобто чи допускає вона приєднання нових елементів, чи стабільна вона, тобто чи зберігає система свою структуру при різноманітних змінах в субстраті. Його також цікавить, чи *стаціонарна* ця система права (тобто чи зберігає свої елементи при змінах в структурі), чи *автономна* вона за елементами (чи володіють її підсистеми характеристиками системи в цілому) тощо. Усе це якісно (а не кількісно) визначаючі системні параметри, без яких неможливо сформулювати і системні закономірності¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Цофнас А.Ю. Теория систем и теория познания / А.Ю.Цофнас — Одесса: АстроПринт, 1999 — С. 37.

¹⁷⁶ Кельман М. С., Мурашин О.Г. Загальна теорія держави і права: Підручник. — К.: Кондор, 2006. — С. 477.

У ролі системних закономірностей можуть виступати стійкі кореляції значень системних параметрів. Наприклад, коли система центрована, вона не може бути в цілому надійною. Скажімо, якщо деякий блок законів будується навколо певного положення Конституції, то цей блок як система центрований, а значить, його доведеться повністю міняти, коли буде змінюватися відповідне положення Конституції. Диктаторська (і в цьому сенсі центрована) система влади, як і відповідне законодавство, розсиплеться, коли зникне відповідний авторитарний лідер.

Питання про те, чи багато в юриспруденції (як і в інших гуманітарних дисциплінах) власне наукового, вирішується, таким чином, у першу чергу, у залежності від того, чи багато в ній систематизації в прямому сенсі цього слова. Якщо науку — слідом за А. Енштейном — розуміти як будування відносно простих моделей, які здатні пояснювати дійсність (і, відповідно, отримувати можливість робити передбачення) за допомогою відкритих законів, а не лише описувати, фіксувати те, що відбувається, то в цьому відношенні гуманітарні науки, і юриспруденція в їх числі, поки що помітно поступаються наукам природничого циклу.

Можна, звичайно, покладати надії на впровадження традиційних засобів класичної науки в розвиток гуманітарного знання. Можна, наприклад, розглядати культуру в цілому як «інтелектуальний аспект штучного середовища, яке людина створює в ході свого соціального життя»¹⁷⁷ і міркувати про неї в термінах теорії масових комунікацій, тобто мовою математичної теорії інформації і звертаючись до контент-аналізу, у досить об'єктивістському дусі. Однак очевидно, що при цьому зникає саме гуманітарна специфіка знання. Адже людина в цьому випадку розглядається як об'єкт, на одному рівні з природними об'єктами. Чи багато юристу практичної користі від такого уявлення?

Саме останнє міркування призвело — ще на початку ХХ століття, у роботах В. Дільтея, працях баденської школи неокантіанства, М. Хайдеггера, Х. — Г. Гадамера та ін. — до постановки питання про необхідність для гуманітарних наук особливої гуманітарної методології. Зокрема, розводились по різні боки люд-

¹⁷⁷ Моль А. Социодинамика культуры / А. Моль ; пер. с фр. — М.: Прогресс, 1973. — С. 83.

ського пізнання пояснення як ціль природничих наук і розуміння, яке ставало прерогативою дисциплін, які вивчають людське буття. Припускалось, що іншу людину, тексти і, нарешті, саму себе, слід не пояснювати через підведення під загальний і безособовий закон (через так зване номологічне пояснення), а розуміти, тлумачити в якості саме одиничного і унікального шляхом емпатії, інтуїції, співчуття, а також шляхом причування до мови, яка, за М. Хейдеггером, «говорить людиною»: Людина не лише живе створіння, яке володіє серед інших своїх здатностей також і мовою. Мова є домом буття, живучи в якому людина екзистує, оскільки, обєрігаючи істину буття, належить їй»¹⁷⁸. Вважалося, що такі речі, як добро і краса, доступні лише гуманітарному уявленню, але не природничо-науковому.

Внесення такого суб'єктивного напряду до юриспруденції хоча і, безумовно, є цікавим для гуманітарної інтерпретації діяльності кожного окремого юриста, на практиці виявилось би мало-ефективним — саме тому, що мало що говорить про об'єктивний стан справ. Герменевтика здатна дати безмірність різноманітних інтерпретацій, але нічого не скаже про те, яка з них найприйнятніша і яке слід прийняти рішення в конкретному випадку. Системний підхід тут має явні переваги. Хоча б тому, що він дозволяє вибрати *цілісну* інтерпретацію, яка (скоріше за все, а не абсолютно) виявиться ближчою до істини. Тільки юрист не повинен забувати, що найбільш цілісно зрозуміле (і на цій підставі прийняте) все ж не обов'язково виявиться істинним. Високий ступінь цілісності — це критерій розуміння, але зовсім не істини. Хороший юрист не стане наполягати на бездоганності свого розуміння. Альфою чи омегою позиції юриста повинно бути наступне: помилка завжди можлива.

Програма двох розбіжних гілок методології — гуманітарної і природничо-наукової, як стало ясно до кінця ХХ століття, не була виконана і, швидше за все, не могла бути виконана в принципі. Людське пізнання єдине. Занадто багато питань залишались без відповіді. Жоден естет-вихователь так і не погодився з тим, що він тільки пояснює, але при цьому не розуміє природу і свій конкрет-

¹⁷⁸ Хайдеггер М. Письмо о гуманизме / М. Хайдеггер. Время и бытие: Статьи и выступления: Пер. с нем. — М.: Республика, 1993. — С. 203.

ний (може бути якраз неповторним!) об'єкт. В. Гейзенберг говорив, наприклад, що з часів античності існувало два поняття краси — «як правильного узгодження частин одна з одною» і друге — як (ще у Парменіда) «сяяння в матеріальному явищі вічного сяяння єдиного»¹⁷⁹. Але в обох випадках: «узгодження частин...» і «сяяння єдиного...» — хіба не про *цілісність* іде мова? Обидва уявлення про красу пов'язані, таким чином, з уявленням про цілісність розуміння предмета і аж ніяк не віддалене від природознавства. До цього залишається лише додати, що юриспруденція в тій же мірі, що і природознавство, не відчужена від прагнення до чіткості, однозначності і точності, так і для поняття краси в сенсі цілісності (законодавства, слідчих дій, процесуального провадження тощо). Хіба, наприклад, виступ у суді або в друку не може бути одночасно чітким і красивим? Чим же тоді знамениті великі юристи минулого — починаючи з Цицерона і до Ф. Н. Плевако, Б.А. Кістяківського, А. Ф. Коні та ін.?

І все ж... Не можна не бачити специфіки гуманітарного знання. Ось класик фізики А. Ейнштейн говорив про те, що за суворість і точність, яка досягається при використанні мови математики, фізики вимушені платити обмеженням свого предмета. Вони вимушені задовольнитися «зображенням найпростіших, доступних для нашого досвіду явищ». І що при цьому вони рухаються одним лише бажанням «...відійти від буденного життя з його болісною жорстокістю і невтішною пустотою... у світ об'єктивного бачення і розуміння». Врешті-решт це дозволяє їм «насолоджуватися спокійними обрисами, які здаються створеними для вічності». Вони створюють «просту і ясну картину світу для того, щоб ... зробити спробу змінити цей світ створеною таким способом картиною». При цьому А. Ейнштейн підкреслював, що не лише фізики цим зайняті — «цим займаються художник, поет, теоретизуючий філософ і натураліст, кожен по-своєму»¹⁸⁰.

І ось, хіба може юрист дозволити собі таку розкіш — обмежитися побудовою ідеальної картини соціальної дійсності, в якій не-

¹⁷⁹ Гейзенберг В. Значение красоты в точной науке / Гейзенберг В. Шаги за горизонт / Пер. с нем. — М.: Прогресс, 1978. — С.269.

¹⁸⁰ Эйнштейн А. Мотивы научного исследования / А.Эйнштейн. Собрание научных трудов. — М.: Наука, 1967. — Т.4. — С.39-40.

обмежено править справедливість, жодне положення Конституції ніколи не порушується, а права людини повністю дотримуються? Це, можливо, задовольнить ну хіба що «суто» юриста-теоретика. Юридичне знання будується не лише (і не настільки) на пошуку загальних законів, але й на так званому «теологічному» поясненні, воно опирається на так званий «практичний силлогізм». Щоб зрозуміти соціальне явище, потрібно визначити ціль і адекватні їй засоби діяльності людини в реальному, а не в ідеальному соціумі¹⁸¹. У цьому відношенні юрист — як лікар. Лікар знає, що якщо люди будуть здорові, то він залишиться безробітним. Але і юрист знає, що в ідеальному суспільстві його професія просто померла б. Але точно так само він знає, що цього ідеального соціуму ніколи не було, він, очевидно, зовсім ніде неможливий, лише у творах соціалістів-утопістів.

Ось чому юриспруденція — не тільки (а може, й не настільки?) гуманітарна наука, але ще й «інженерна» дисципліна. Можна було б написати це слово і без лапок, тому що юриспруденція — найважливіша частина соціальної інженерії. Тоді виходить, що юриспруденція має риси і позанаукового гуманітарного знання, і зовсім не чужа «чистій» науці, і до того ж має риси прикладної дисципліни.

Маючи це все на увазі, поставимо питання про те, на якій все ж таки основі будувати загальну методологію юриспруденції. Хтось скаже, що, не дивлячись ні на що, все ж на специфічній гуманітарній. І для цього ніби є деякі підстави. Адже правознавство — не більше ніж один з фрагментів «життєвого світу», воно так само, як і, наприклад, поезія, не виходить за межі мови. Про правові колізії і феномени можна також сказати, що вони стають предметом розуміння як об'єкт, який належить культурі як один з факторів людського буття. Відповідно і розуміння предметів права може здійснюватись згідно концептів соціального і культурного буття.

Але, як сказано вище, на цьому шляху гуманітарна методологія помітно програє методології природознавства. Якщо вважати *методом* деякі операції пізнання і практичної дії, призначені для

¹⁸¹ Никифоров А.Л. Философия науки: история и теория. / А.Л.Никифоров. — М.: Наука, 2006. — С.173-179. — 173-179.

досягнення визначеного результату, тобто послідовність раціонально контрольованих і відтворюваних іншими людьми кроків, які направлені на отримання наслідків, які перевіряються, то гуманітарна методологія на такі методи не багата. Скажімо, «герменевтичний метод» з його вільним блуканням в неструктурованому концептуальному світі, з нескінченним пошуком все нових сенсів тлумачення об'єкта мало нагадує звичні наукові методи.

Зміст знаменитого «герменевтичного кола» розуміння, за М. Хайдеггером, полягає не в тому, щоб довести який-небудь висновок, який дозволяє вийти з кола, а в тому, щоб до цього кола увійти і в ньому залишатися. Ставиться ціль пошуку все нових кутів зору на даний предмет. Якщо це може бути названо «методом», то хіба що в метафоричному значенні слова. Навіть такий визначний послідовник герменевтики, як Х. — Г. Гадамер, був схильний вважати його не методом, а мистецтвом. У цього засобу розуміння є, принаймні, дві суттєві вади. По-перше, він у жодному разі не переслідує ціль практичного перетворення об'єкта дослідження і досягнення певного результату. Він лише безперервно розширює коло наших інтерпретацій.

По-друге, він, цей «метод», фактично не може бути відтворений іншим користувачем. Кожен новий дослідник буде опиратися на власне «перед-розуміння», на свій «забобон». Але ні про яку двозначність розуміння, ні про яку конструктивність, ні про яку пояснювальну силу отриманої інтерпретації мова не йде.

Безумовно, герменевтичні навички роботи корисні будь-якому вченому. Але все ж таки метод — це те, що здатне приносити практичний ефект: перетворювати об'єкт дослідження, забезпечувати передбачення, спрощувати саму процедуру дослідження і т.ін.

Що стосується інженерних дисциплін, то вони, якщо не зважати на так звану «евристику» — досить корисної стимуляції творчих здібностей — не створюють методів, які годяться для використання за межами цих дисциплін. Вони самі використовують всі методи, які пропонуються методологією природознавства. Але зате вони, як і природні, і гуманітарні науки, і навіть гуманітарне знання, яке наукою звичайно не називають (мистецтвознавство, як приклад), спираються на так звані загальнонаукові методи дослідження, до числа яких належить і системний метод дослідження.

Мабуть, для юриспруденції системний метод — у душі тієї теорії систем, яка здатна відносно суворо описувати, пояснювати і розуміти якісні характеристики об'єкта, залишається незамінним засобом дослідження. Чому б не пофантазувати наостанок? Ось якби Конан Дойл писав свої розповіді про найзнаменитішого детектива років так через сто, то, можливо, і наш епіграф міг би виглядати інакше:

- Як ви до цього додумались, Холмс?
- Системний метод, Ватсон, системний метод.

1.8. КРЕАТИВНІСТЬ І РЕЖИСУРА В ЮРИДИЧНІЙ ПЕДАГОГІЦІ

Чи не найголовнішою проблемою сучасної педагогіки — а юридична педагогіка не є виключенням — є звичайна нудьга. Майже кожен студент, сидючи на лекції, мріє скоріше поринути в той світ, де від нього щось залежить, де він може приймати самостійні рішення і проявляти здатність до творчості — нехай навіть в іграх. Кращі педагоги давно зрозуміли, що треба відходити від схеми навчання, яка побудована за принципом: я розповідаю — ти запам'ятовуєш і наслідуєш мої вказівки. До центру освіти має бути поставлений розвиток творчих здібностей і формування стимулів до самонавчання. Підопічні усвідомлюють, що навчання потребує гігантських витрат творчої енергії, особливо якщо взяти до уваги, що учень за десяток років повинен зробити для себе стільки відкриттів, скільки дорослі зробили до нього за одну-дві тисячі років.

Це означає, що до центру освіти потрібно поставити, перш за все, розвиток творчих здібностей і формування стимулів до самонавчання. Тут є два шляхи.

Шлях перший — це зміна змісту навчання таким чином, щоб будь-який предмет став, умовно кажучи, «збірником задач» — безперервним вирішенням проблем. Проблеми і задачі формує педагог-Майстер, під його керівництвом ці проблеми вирішуються, саме він демонструє зразки нестандартних рішень.

Можна звернутися до одного з законів педагогічної риторики: «закон хронотопічної орієнтації адресата». Цей закон спирається на риторичний ідеал античної класики, відповідно до якого той,

хто говорить, повинен організувати свою промову так, щоб адресат бачив її кінцеву ціль («Метафора бігуна» у Аристотеля: бігун не так втомлюється і біжить швидше, коли бачить ціль). В античній традиції кожна тематична позиція промови пов'язувалась з визначенням місцем в просторі, звідки, вірогідно, і термін «топос» — «місце». Аристотелівську метафору бігуна можна трансформувати в розгорнутий образ адресата-мандрівника невідомою місцевістю, причому завдання того, хто говорить, полягає в тому, щоб промова його представляла для аудиторії карту, за якою студент може орієнтуватися.

Якщо спиратися в педагогіці на режисуру, то значення задач як етапів ролі метафорично охарактеризував режисер Л. А. Сулержицький: хлопчику потрібно пройти велику відстань від А до В. Відстань лякає його своїми розмірами. Він бере камінь, кидає його на деяку відстань перед собою і ставить ціль дійти до нього. Дійшовши до каменя, він знову піднімає його і кидає перед собою, і знову його ціль — дійти до каменя і т.д. Так він проходить усю відстань від А до В.

Відповідно до принципу хронотопічної орієнтації, ефективність педагогічної промови визначається тим, наскільки адресат в кожен момент промови зорієнтований відносно позиції, досягнутої ним в «просторі мови», або наскільки чітко він локалізує цю позицію на «ментальній карті мови». Від цього залежить легкість сприйняття, запам'ятовування промови і успішність розуміння. Якщо загальна риторика потребує наявності чіткої смислової і формальної структури мови, то педагогічна риторика передбачає наявність зовнішнього, експліційного вираження цієї структури як цілого.

«Межі» дії цього закону співпадають з «межами» навчального курсу: умовою ефективної пізнавальної діяльності є обізнаність суб'єкта про часовий і змістовний об'єм навчальної дисципліни як цілісної системи і про той її фрагмент, який служить предметом промови на даний момент. Тому можна говорити про правомірність використання поняття і терміна «риторика навчального предмета». Це підтверджується тим, що риторичні принципи ведення мови про предмет в цілому аналогічні принципам риторики лекції і принципам організації «промови взагалі». Виділяються етапи

промови, такі як «вступ», «розвиток теми», «висновок»; кожен з цих етапів виконується відповідно до законів хронотопічної локалізації адресата і підкоряється загальному завданню.

Белику увагу слід приділити першій лекції. Зустріч оратора та аудиторії — це завжди поєдинок, завжди конфлікт. В аудиторії зависає «емоція очікування»: чи є сенс слухати, чи краще переорієнтуватися на що-небудь інше? Одразу необхідно створювати проблемну ситуацію, зіставляти факти, порушувати безапеляційні судження, задавати риторичні питання, вигукувати тощо. Перші «розслаблені» хвилини можуть вибити з ділового ритму всіх слухачів надовго. У концепції дискурс-аналізу початок промови розглядається особливо — як найважливіша відправна точка всього подальшого процесу. На цьому оснований і метод «випереджувачого вивчення нового матеріалу». Відомий адвокат Ф. Н. Плевако розробляв по вісім варіантів захисної промови, а в суді виголошував дев'ятий варіант і блискуче виграв процес.

Сприйняття і розумінню промови сприяє певне співвідношення в ній «знайомого» і «нового» для адресата; чергування напруженої розумової діяльності з емоційною розрядкою, певні принципи організації і представлення слухачу тематичних елементів промови, які полегшують «бачення» адресатом її смислової структури; оптимальне «квантування» промови на інформаційні фрагменти; для запам'ятовування промови має значення «ефект початку і кінця», відповідно до якого краще за все запам'ятовуються ті фрагменти промови, які передують деякому інтервалу або зміні процесу промови (паузі, «переключенню» промови і мовчання, зміні пози, мізансцени, неочікуваному жесту) або безпосередньо слідує після нього. Спільність цілі породжує співробітництво і однострумство.

Потрібно ще звернути увагу і на те, що сприйняте емоційно краще запам'ятовується. На даний момент включається режисур лекції. Поняття «режисур» широке, тому що відображає відбір лексики, ритм, алітерацію, повтори, використання метафори. Режисер — це автор вистави, це творець нової змістовної моделі. Буквально *regisseur* (від французького дієслова *regir* — управляти, розпоряджатися) означає управитель, розпорядник. Одним з перших, хто вжив слово «режисер», був Й. В. Гете. На різних

етапах історії функції режисера виконувались людьми різних спеціальностей. Режисерами були автори давньогрецьких трагедій, французький комедіограф Ж. Б. Мольєр, російський драматург А. Н. Островський. М. В. Гоголь вимагав, щоб режисером був провідний актор.

Режисером і автором своїх промов був Ф. Н. Плевако. Не можна не згадати Е. Т. А. Гофмана — відомого німецького спеціаліста з кримінального права, письменника і не менш відомого автора фантастичних казок, композитора, художника, театрального діяча, який спочатку працював судовим радником, а потім художником в театрах Берліна, Дрездена, Лейпцига, крім того, він був родоначальником німецької музикальної критики. У своїй книзі «Незвичайні страждання одного театрального директора» Гофман писав: «Ідеальні актори — це маріонетки». Саме тому його казку «Лускунчик і мишачий король» П. І. Чайковський перекладав на музику, і з'явився балет «Лускунчик». А. Ф. Коні був не тільки відомим юристом, але й почесним членом Петербурзького Александрійського театру, а О. І. Урусов, відомий російський юрист, був не менш відомим театральним критиком. Можна ще продовжувати називати визначні імена.

У процесі розвитку театрального мистецтва режисерські функції зазнавали змін. У середньовічному площадному театрі режисер ніколи не полишав виконавців. Мініатюра Жака Фуке, яка зберіглась з XV століття, зображує режисера, який знаходиться на сцені серед діючих осіб. Режисер містерії одягнений у довгу мантию і високий капелюх, у руках — вузька книга з текстом п'єси. Режисер указкою торкається акторів, яким слід вступити в дію, а за книгою підказує текст ролі.

У середині XIX століття поняття «режисер» і «мізансцена» зазнають трансформації: в афішах вказується: «режисура і мізансцени такого-то».

Існує багато визначень, що таке режисер: це той, хто тлумачить, показує як грати, це організатор спектаклю, це мислитель, філософ. Г. О. Товстоногов говорив, що XX століття — це століття атома, супутників, кібернетики і режисури. Режисура — це мистецтво створення спектаклю за допомогою творчої організації всіх елементів спектаклю. Режисер тоді є автором спектаклю, коли фік-

сує дійсність, відкриває її внутрішній смисл, коли допомагає духовному діянню тих, хто на сцені, хто в залі, коли ті чи інші готові до сповіді і спільної духовної роботи. Режисер будує власну нову модель, створює самостійну концепцію, тому стає автором.

Режисерська діяльність пов'язана з педагогічною діяльністю, оскільки найважливішою рисою ефективного дискурсу є сталість «кута зору» того, хто говорить, якщо ж «кут зору» змінюється, то його зміна повинна бути експліцитно виражена, в іншому випадку мова є важкою для сприйняття.

Парадигма співвідношення «важливого/менш важливого» аналогічна парадигмі «загальних місць» у класичній риторичі. Загальне — приватне; ціле — частина; те, що включає-включене; велике-мале; зовнішнє-внутрішнє; той, хто володіє — те, чим володіють — ці пари понять входять до принципів класичної риторики. Вона також використовує такі категорії, як загальна «риторична стратегія», зумовлена намірами того, хто говорить — створити напругу, переконати в чомусь, закликати до бажаної дії, інформувати тощо. Все це перегукується з тим, про що пише польський вчений А. Гаральський: «Стан речей, який виникає в структурованій і гармонічній взаємодії *можливості* (матеріалу, традиції, обставини, нахилу, таланту і т.п.) і *необхідності* (провідної ідеї, очікуваного задуму, способу сприйняття долі, форм реалізації свободи і т.п.), — це результати процесу творчості. Коли такий витвір набуває визнання (у слабкій версії: як завдяки творцеві, так і всьому суспільству, в якому творцеві довелося жити; у версії сильній: лише завдяки творцеві) — як нове і цінне, тоді ми говоримо, що було створено творіння, що має місце творчий акт»¹⁸².

Ці педагогічні прийоми ніяк не специфікують юридичну педагогіку, але цікаво якраз те, що саме майбутній юрист повинен знати дані способи роботи педагога — хоча б тому, що він, не будучи педагогом, саме буде застосовувати їх в своїй практичній роботі. Є чимало точок перетину в діяльності юриста і педагога. Ось чому педагог-юрист повинен не тільки користуватися педагогічними і театральними прийомами, але й показувати студенту ще й «кух-

¹⁸² Гаральський А. Теория творчества. / А.Гаральский; пер. с польск.: В.Яворский, В.Игнатов, Т.Милова, И.Бобков. — СПб.: Невский Простор, 2004. — С. 8.

ню» своєї роботи, щоб дати йому можливість цими прийомами оволодіти.

Варто звернути увагу й на те, що педагогіка все ж являється скоріше мистецтвом, ніж наукою. А якщо це так, то до якого з видів мистецтв вона найближче? Звичайно, не до архітектури, не до живопису, не до балету і навіть не до літератури. Педагогіка готує молодих людей до того, щоб грати соціальні ролі — не обов'язково вченого, інженера, економіста, фермера, але обов'язково громадянина і людини, яка мислить творчо.

Оскільки майбутні соціальні ролі студентів юридичних вузів відносно добре визначені (слідчий, прокурор, адвокат, суддя і т.ін.), можна, перефразуючи Шекспіра, сказати, що світ юриспруденції — це театр, а юристи в ньому актори. Якщо ж це так, то театральне мистецтво ближче всього до роботи викладача юридичних дисциплін, ніж будь-яке з мистецтв. Що їх споріднює?

Творчий потенціал педагога-юриста проявляється тим більше, чим більше розвинуте в нього асоціативне мислення, уява і чим вищий рівень рефлексії і саморегуляції. Не останню роль відіграють наявність почуття гумору і компоненти акторських здібностей. З одного боку, це налаштованість на інтуїтивне розуміння студентів, здатність подивитись на себе їх очима (емпатія), з іншого — здатність до ігрової драматизації проблеми. А акторське мистецтво передбачає тренінг здатності до емпатії — здатності перевтілення не лише в іншу людину, але й «вживання» в неживий предмет.

Для творчості надзвичайно суттєвим є ігровий елемент, творчість проявляється вже в дитячій грі. Взагалі дитяча гра — не ціль дитини, а тільки засіб. Якщо вірно, що Бог створив людину за образом, схожим з Ним, то Творець, звичайно, створював не *Homo ludens*, а *Homo creator*. Гра драматизує реальність, задовольняє потреби в самовираженні. У свою чергу, самовираження передбачає формування ставлення людини до навколишнього світу, до інших людей, до самої себе. Прийняття ролі Іншого передбачає співпереживання іншому, ідентифікацію з ним, перевтілення. А головне, у грі формується звичка розширювати проблемне поле, звільнитися від су'бєктивізму, виникає переконання в тому, що всілякий об'єкт може бути системно представлений з різних точок зору.

Досить корисним, особливо в умовах наступу техногенної культури, є і такий наслідок тренувань у драматичному мистецтві,

як сприйняття культури почуттів, стимулювання уяви, збагачення особистого творчого досвіду, зниження «зажатості», яка стримує інтуїцію та уяву. «На перший погляд сфера права, закону і правосуддя надзвичайно віддалена від сфери гри. Або священна серйозність і живі інтереси окремої людини і суспільства в цілому правлять у всьому, що стосується права і правосуддя... Ми, однак, уже не раз переконувались, що священній і серйозній дії ні в якій мірі не протипоказане ігрове забарвлення»¹⁸³. Далі Й. Хейзинга стверджував, що елемент спорту і гумору належить до основних особливостей усієї правової практики, а взаємозв'язок права і гри може бути розглянутий з трьох різних точок зору. Судовий процес — як вид азартної гри, як змагання і як словесний поєдинок.

Проведено вже чимало експериментів, які дозволяють говорити про необхідність виховання творчих здібностей через театралізацію освіти і драматизовані ігри. Достатньо згадати про шкільні театри при духовних навчальних закладах в Україні ще в останній чверті XVII століття, про театр у колонії А. С. Макаренка, про театральну педагогіку Пітера Слейда 60-х років XX століття в Англії (м. Бірмінгем). Навчання драматичному мистецтву і сьогодні входить до навчальної програми більшості коледжів США. У Франції існує багаторічна практика навчання юристів основам акторського мистецтва.

Треба подумати про елементи театралізації при підготовці спеціалістів юридичного профілю. Юристу-педагогу необхідно знати про наявність у театральній режисурі різноманітних систем роботи над виставою. Це знання не тільки розширює діапазон театралізації навчальних занять, але й визначає творче ставлення до роботи над матеріалом, оскільки виводить за рамки звичних уявлень. Адже системи К. С. Станіславського, М. А. Чехова, Л. Курбаса, Б. Брехта, Е. Гротовського — це різні засоби системного представлення матеріалу. Будь-яка вправа, котра розроблялась ними для акторів, корисна педагогу, це вказує на спорідненість акторської і педагогічної творчості.

Актори прекрасно знають, що вистава провалиться без відповідної «атмосфери». Але і педагог-юрист повинен знати, що таке

¹⁸³ Хейзинга Й. *Homo ludens*. В тени завтрашнього дня: Пер.с нидерл. / Й.Хейзинга; общ.ред. и послесл. Г.М.Тавризян. — М.: Прогресс, 1992. — С. 93.

«атмосфера заняття». Як не можна знати християнської моралі лише за однією заповіддю, як не можна зрозуміти Геракла тільки за одним з його подвигів, так не можна розуміти п'єсу за одним епізодом. Але також не можна знати геометрії, запам'ятавши лише одну аксіому, не можна знати право, вивчивши лише поняття правовідносин. Не можна зрозуміти жодну з юридичних дисциплін, не вміючи визначити предмет юридичної науки в цілому. Але спитайте про предмет юриспруденції студента — чи часто ви отримаєте зрозумілу відповідь? У такому випадку мова йде про цілісність системи, адже розуміння матеріалу тим вище, чим вище цілісність представлення матеріалу.

Будь-який актор знає, яку роль грає оформлення вистави, саме воно створює відповідний настрій і сприйняття того, що відбувається на сцені. Цілісність «атмосфери» створюється не тільки одною повнотою представлення, але й контекстом. Художник Д. Боровський, оформлюючи виставу за п'єсою А. Чехова «Три сестри», вигадав таке рішення: порожня сцена, деякі меблі та протягом усієї вистави падає осіннє листя. Зима, холодно, заметіль — другий акт, а листя падає — помирає життя. Атмосфера здатна сказати набагато більше, ніж текст. Вона володіє силою наділити виставу духом. Ось і для занять з будь-якої дисципліни важливим є її контекст. Справа в оформленні самої лекції, у тій послідовності, в якій вивчаються предмети, і в тому, який педагог заходив до аудиторії до вас.

Часто кажуть, що певний юрист пройшов певну школу, зокрема, є представником одеської школи права. Як приклад — область загальнотеоретичної юриспруденції¹⁸⁴. Тут, безперечно, є паралель з театральними школами. Актор з гордістю розповість, яку акторську школу він пройшов. Саме в цій школі він набуває інваріативних навичок — основу його професії. Акторська школа накладає відбиток на всю подальшу роботу. Скажімо, в італійській школі комедії дель арте велике значення надавалось легкості, швидкості і жвавості уяві. Принцип імпровізації потребує від акторів миттєвого перевтілення, здатності швидко вгадувати і розвивати натяк партнера, за декількома деталями відтворити в уяві обстановку,

¹⁸⁴ Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / [Ю.М. Оборотов, В.В. Завальнюк, В.В. Дудченко та ін.] ; за ред. Ю.М. Оборотова. — Одеса: Фенікс, 2012 — С. 492.

місце дії, майстерно поводитись з бутафорськими речами, як із справжніми предметами. Уява давала можливість побачити в умовних масках уособлення людських характерів. Утім це не заважає актору працювати у виставах різних режисерів і різних театральних шкіл. Але це те, що дозволяє актору на рівні свідомості і підсвідомості управляти своєю акторською майстерністю. Без школи актор, навіть якщо він самобутній і обдарований від природи, робити це неспроможний. Завжди видно, коли актор не пройшов певної школи. Однак школа — це не тільки початок професії, але й далі — постійна робота над собою скрізь і завжди.

Юрист повинен пишатися школою, яку він пройшов. Пройде-на ним школа буде відчуватися протягом усього життя. А без школи Майстра шлях Учня до власного статусу майстра довгий і важкий. Але чи багато сьогодні знайдеться педагогів, які здатні затвердити особливу юридичну школу? Досвідчені педагоги зіштовхуються з тим, що один і той самий матеріал їм доводиться викладати по кілька разів, із року в рік. Завжди є небезпека заштампуватися і втратити творче спрямування. Звернемося до паралелі з театром. Французький актор Коклен говорив про те, що портрет ролі виникає і закріплюється в його уяві як закінчена, у всіх деталях продумана і розроблена модель, а потім створений уявою образ з можливим удосконаленням копіюється, зображується актором, який як споглядач зі сторони майстерно «представляє» його залу глядачів. Чи не стає педагог просто актором, який грає самого себе, коли доводиться відтворювати вже одного разу створену роль?

Інакше підходить до цього Ежи Гротовський: «Чому Рішард Чесляк був настільки великим актором, стільки в іншій сфері мистецтва був великим Ван Гог? Тому що він був у змозі встановити єдність між віддачею себе і — точністю. Оволодівши партитурою гри, він міг уже далі притримуватися її до найменшої деталі»¹⁸⁵. Е. Гротовський порівнює роль, яку належить зіграти актору, з партитурою музиканта. Процес повторюється, але повторюється тут і зараз. Значить, актор (і педагог!) ніколи не може бути тим же, хоча всі деталі партитури зберігаються. Якщо актор у процесі репетиції

¹⁸⁵ Гротовский Ежи. От Бедного Театра к Искусству-проводнику: сб.ст./ Ежи Гротовский; пер. с пол., вступ. ст. и прим. НЗ.Башинджогян. — М.: Артист. Режиссер. Театр, 2003. — С. 244.

засвоїв партитуру як дещо природне, органічне, якщо перед виступом він готовий до здійснення акта самовираження, до служіння (але не самому собі), тоді кожна вистава досягне своєї повноти: «Розроблена в деталях структура — Дія, Акція — ось ключ; якщо структури нема — все розмивається, все перетворюється в «ріденький супчик»¹⁸⁶. Педагогу-юристу корисно пам'ятати важливу акторську заповідь. Як актор не повинен грати для глядачів, він повинен — свідомо — грати перед обличчям глядача, у присутності глядачів, так і педагог-юрист повинен свідомо грати перед обличчям студентів.

Інколи говорять, що робота актора — це робота за натхненням, уся сплетена з інтуїції, а робота педагога неодмінно раціональна. Ідея К. С. Станіславського полягала саме в тому, щоб створити підсвідоме (почуття, емоції), плодом свідомої роботи актора над собою. Очевидно, будь-яка творча робота, включаючи педагогічну, передбачає таку раціоналізацію. Тренінг («психотехніка») К. С. Станіславського ставить своєю метою досягнення готовності психіки до раціонального управління творчим процесом. Елементи цього тренінгу — з його орієнтацією на доцільність і продуктивність — могли б входити до діяльності педагога. Адже і викладач, як актор, повинен володіти вмінням жити в «передбачуваних обставинах». До того ж педагог навчає студента, щоб той діяв природньо і розкуто — що і є суттю творчості.

Ось схема деяких рис творчого тренінгу за К. С. Станіславським, які, з відповідною конкретизацією і змінами, могли б бути включені до системи підготовки педагогів-юристів.

I. Тренінг для набуття елементів органічної дії: 1) початок творчого процесу; 2) дивитись — і бачити!; 3) слухати — і чути!; 4) пам'ять відчуттів і емоцій фізичного самопочуття; 5) м'язовий контролер.

II. Тренінг сценічних дій: 1) найпростіша дія; 2) безпредметна дія; 3) темпо-ритм; 4) взаємодія з об'єктом і партнером; 5) дія в незвичайних обставинах («вірити в надзвичайне»); 6) дія в групах («почуття мізансцени і форми»).

¹⁸⁶ Гротовский Ежи. От Бедного Театра к Искусству-проводнику: сб.ст./ Ежи Гротовский; пер. с пол., вступ. ст. и прим. НЗ.Башинджаган. — М.: Артист. Режиссер. Театр, 2003. — С. 266.

III. Вправи для входження в постійну творчу діяльність:

1) тренінг «самопостереження», який допомагає «набувати звички, які витиснюють недоліки природи»; 2) «туалет-налаштування», розраховане на те, щоб потрібними вправами «розім'яти» і розблокувати творчий апарат, на те, щоб досягнути потрібного самопочуття, необхідного для даної репетиції спектаклю.

Центральне місце в системі К. С. Станіславського посідає наступне питання: яким чином людина може свідомо і довільно вплинути на некеровані процеси в своїй психіці, наприклад, викликати певні емоційні реакції або діяльність механізмів інтуїтивної поведінки? Станіславським показано, що довільні психічні процеси збуджуються свідомо виконаною дією, оскільки у виборі і здійсненні дії активно беруть участь усі психічні процеси — і довільні, і мимовільні. У загальному вигляді система Станіславського складається з трьох взаємопов'язаних елементів: 1) дії, яка здійснюється в даній ситуації з визначеною метою і завданням; 2) психічних процесів, які встановлюють зв'язок дії з ситуацією, — сприйняття, мислення, уяви; 3) психічних процесів, які забезпечують здійснення дії, — волі, уваги, пам'яті, почуттів, самопочуття. Фундаментальним поняттям у моделі Станіславського є вольова дія, яка виходить з певних мотивів і спрямована на вирішення того чи іншого завдання.

Саме дія являє собою ту силу, важіль, за допомогою якої можна активізувати психіку людини. Виступ актора, педагога-юриста, з точки зору моделі Станіславського, можна розглядати як ряд дій, які вирішують ті чи інші завдання: переконати, довести, інформувати і т.ін. Завдання і дії, у свою чергу, утворюють ієрархічну систему. Лекція в цілому вирішує якесь визначене головне завдання — концепт, або, за термінологією Станіславського, надзавдання, яке підкорює собі всі інші, приватні завдання.

Крім того, К. С. Станіславський учив, що завдання творчої роботи педагога краще вирішуються, якщо вони діляться на елементи, якщо ставляться проміжні цілі. Разом з цим не можна забувати і про «партитуру» заняття в цілому. Педагог-юрист виступає в ролі не тільки актора, але і режисера. Як актор повинен знати своє надзавдання, так і педагог, про що б він не говорив, повинен пам'ятати не стільки про суму знань, скільки про розвиток творчих

здібностей студентів і про наближення до морального ідеалу. Взагалі, завжди корисно поглянути на заняття очима режисера — як на виставу. Тоді вся система і метод К. С. Станіславського можуть слугувати методологічною базою підготовки не тільки педагога-юриста, але й студента до творчої діяльності.

Не тільки у К. С. Станіславського, але й в інших відомих режисерів можна знайти чимало корисного педагогу-юристу. Так, наприклад, М. Чехов запропонував «теорію імітації»: актор імітує образ, задає йому питання і чекає відповіді. М. Чехов вважав, що образи виникають поза актором і живуть незалежним життям, і не пропонував «увійти» в роль персонажа, а пропонував інший термін — «співчуття»: «Художник у вас страждає за Гамлета, плаче через трагічну кінцівку Джульєти, сміється над витівками Фальстафа»¹⁸⁷. Ставлення до образу — шлях до підсвідомості — це один із головних девізів М. Чехова. Залежно від самооцінки і матеріалу педагог сам міг би вирішувати, який шлях йому вибрати в кожному конкретному випадку — К. Станіславського чи М. Чехова. Вправи, які пропонував М. Чехов, були спрямовані на вироблення уваги саме до процесу, а не до статичності. Не просто уявити собі дещо, а побачити в розвитку, у русі, у зміні: молодий хлопець перетворюється з старого, зелений паросток розвивається в стовбур, в гілля, в дерево і т.ін. А особливу увагу він приділяв імпровізації. Актор, який імпровізує, відчуває себе творчо вільним: на кожному спектаклі підсвідомість підказує йому нові неочікувані барви. Так само і лектор розплутує уві грі ті чи інші яскраві фарби захоплень студентів.

М. Чехов вірив, що секрети мистецтва можна розглядати і передати від учителя до учнів, від покоління до покоління. І ще він вірив (тим самим слідуючи за однією з найважливіших традицій культури), що художник, режисер, письменник або актор повинен бути абсолютно щирим — у житті, на сцені, у книзі. Думка К. С. Станіславського «від свідомого до підсвідомого» лягла в основу переконань М. Чехова і на багато років визначила напрям його власних пошуків.

¹⁸⁷ Чехов М. Литературное наследие. В 2-х т. Т. 2 Об искусстве актера./ Михаил Чехов — М.: Искусство, 1986. — С. 267.

У Е. Гротовського педагог міг би навчатися не стільки техніці підготовки до заняття, скільки концентрації саме на творчому процесі. Це — техніка «просвітлення». Його метод був спрямований не на навчання прийомам роботи, а на зняття тих перешкод, які в духовному процесі актора (педагога) може поставити перед ним його власна індивідуальність. Інакше кажучи, Е. Гротовський йшов шляхом, який можна назвати «шляхом заперечення», тобто не шляхом накопичення прийомів і вмінь, а шляхом зняття перешкод. Він вважав, що будь-який текст — це лише засіб для творчості, для того, що актор зможе зробити за допомогою інтонації, жесту та інших прийомів, зближуючи творчий процес з виконанням.

Для Е. Гротовського театр (відповідно, для педагога — університет) — це місце провокації. Це — місце виклику, кинутого собі і глядачеві (студентам), місце порушення табу, трансгресії. Актор (і в ідеалі — педагог) культивує в собі установку на «святість», готовність принести себе в жертву творчості, а не на те, щоб бути «куртизаном», який підсумовує вміння і навички.

Для педагогічної творчості особливо важливий принцип Е. Гротовського *hic et nunc*: педагог, як і актор, не стільки повинен розказувати про творчість будь-кого, а повинен тут і тепер, саме перед даною аудиторією демонструвати творчий процес. Дійсність швидкоплинна, вона не ілюструє життя «за аналогією», а відбувається безпосередньо, хоча матерія того, що відбувається, може бути з іншого часу і місця — з минулого чи майбутнього. Творчість — це завжди «акт сповіді». Тільки в цьому випадку глядач (або студент) сприймає те, що відбувається, як феномен, який несе в собі неоспорювану справжність.

Звичайно, прості посилання на прекрасні зразки театральної творчості для юриста-педагога залишаються лише слабким стимулом до власної творчості. Як в театрі вивчення теорії дає не надто багато, якщо поряд немає Майстра, так і в педагогіці взагалі, а в юридичній педагогіці, у тому числі, не обійтись без Майстрів своєї справи, причому найрізноманітніших стилів. За сучасних умов явної кризи освіти очевидним є дефіцит таких Майстрів. Без них вихід з кризи є досить проблемним.

РОЗДІЛ 2

КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ РІВЕНЬ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

2.1. КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЯ ГЛОБАЛЬНОГО ПРАВА

Сучасний глобалізм розглядається як найновіший прояв тенденцій соціального універсалізму, і в цьому зв'язку глобалізм може йти двома шляхами: демократичним шляхом з опорою на принципи гуманізму, плюралізму, автономії і партнерства; недемократичним шляхом з повною відкритістю і безжальною конкуренцією, монополізмом транснаціональних лідерів економіки. Другий шлях багато в чому ворожий до культури і універсальної сутності людини, він веде до хаосу у відносинах між цивілізаціями. Лише перший шлях глобалізації розглядається як такий, що здатний привести існуючий світ до більш високого порядку, а ця глобалізація ототожнена з універсалізацією людського суспільства і не суперечить універсальності людини ¹⁸⁸.

Уявляється, що сьогодні глобалізація з'єднує ці два шляхи свого руху. Не випадковими є досить суперечливі оцінки як самої глобалізації, так і формування глобального суспільства, глобального порядку, глобального права.

Як відзначає Пітер Л. Бергер, потрібно погодитись з тим, що триває процес становлення глобальної культури, яка за своїм змістом і походженням є американською. Не випадково і мова цієї глобальної культури — це англійська мова в її американському варіанті.

¹⁸⁸ Гарпушкин В. Е. Социальный универсализм: новый взгляд / В. Е. Гарпушкин // Социс. — 2010. — № 9. — С. 17-25.

Глобальна культура, яка зароджується, включає сьогодні, по-перше, те, що іменують давоською культурою (С. Хантінгтон) — це міжнародна культура провідних ділових і політичних кіл і, по-друге, те, що названо клубною культурою інтелектуалів (П. Бергер), — ідеї і правила, які вироблені західними (у першу чергу, американськими) інтелектуалами. Серед положень «клубної культури» такі, як вчення про права людини, концепція фемінізму, захист навколишнього середовища і мультикультуризм, а також уявлення про політику і спосіб життя, які втілюють ці ідеологічні побудови¹⁸⁹.

При всій різноманітності процесів, які протікають при становленні глобальної культури, є те спільне, що отримує своє вираження в незалежності індивіда від традицій і суспільства, і що називається індивідуалізацією. Не випадково глобальна культура приваблива для тих, хто високо цінує особисту свободу і прагне реалізувати її якомога повніше¹⁹⁰.

У сфері юриспруденції В. С. Нерсисянц в рамках різноманітності процесів глобалізації розглядав юридичну глобалізацію як її важливу складову. На його думку, успіх у сфері юридичної глобалізації (у внутрішньодержавному і міжнародному праві) буде залежати від готовності і здатності учасників до майбутніх перетворень світового правопорядку, збереження правових досягнень минулого і забезпечення їх більш розвинутими правовими нормами, формами, інститутами і процедурами.

У цьому зв'язку В. С. Нерсисянц відзначав значення таких притаманних праву властивостей і характеристик, як абстрактна всезагальність (універсальність), формалізованість (формальна визначеність), системність, загальнозначима і загальнообов'язкова конкретизованість джерел. Його висновок: чим більше соціально-історично розвинуте право, тим більше воно універсальне (глобальне). Найважливіша ідея видатного теоретика юриспруденції полягає в тому, що формування і розвиток права від давніх часів

¹⁸⁹ Бергер П. Культурная динамика глобализации / П. Бергер // Многоликая цивилизация : Под ред. П. Бергера и С. Хантингтона. — М. : Аспект Пресс, 2004. — С. 9-12.

¹⁹⁰ Там само. — С. 16-17.

до сучасності являє собою історію все більшої універсалізації і уніфікації права, історію руху до все більш глобального права¹⁹¹.

І дійсно, сьогодні під впливом процесів глобалізації складаються універсальні уявлення про розвиток світового порядку, формування міжцивілізаційних нормативів і відбувається вихід за рамки традиційної (державо-центричної) організації і міжнародних інституцій. При цьому визначаючими акторами сучасних відносин розглядаються локальні цивілізації, взаємодія яких складає сутність смислового поля світової політики. Взаємодія локальних цивілізацій постає в двох поширених конструктах, таких як «зіткнення цивілізацій» (С. Хантінгтон) і «діалог цивілізацій» (А. Тойнбі).

З 2001 року Генеральна асамблея ООН затвердила «Глобальне питання денне для діалогу між цивілізаціями» і визнала діалог між цивілізаціями розкритою концепцією «заохочення культури світу і діалогу між цивілізаціями». У прийнятому документі надано визначення діалогу між цивілізаціями як процесу, який розкривається всередині цивілізації і на їх стику, і який оснований на всезагальності участі і колективності бажання навчатись, відкривати для себе і вивчати цивілізації, виявляти сфери загального розуміння основних цінностей і зводити різні підходи в одне ціле за допомогою діалогу¹⁹². Об'єднуючи в собі елементи прагматизму і утопізму (І.В. Следзевський), концепція діалогу цивілізацій пов'язана з формуванням нової світосвідомості, направленої на зміну світової політики як смислової реальності. Реальною основою міжцивілізаційного діалогу розглядається глобальна етика (Г. Кюнг) як узгоджене і поступове з'єднання в їх базових цінностях великих релігійних і культурних традицій світу. Звідси становлення особливої сфери в ідеології глобалізму — концепції естетичної глобалізації і нормативно-ціннісного виміру глобального управління. Глобальне управління пов'язується не з міжнародним правом (як правом договорів суверенних держав між собою), а з такою, що набирає ефективності (успішне вирішення глобальних проблем

¹⁹¹ Нерсесянц В. С. Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире / В. С. Нерсесянц // Государство и право. — 2005. — № 5. — С. 38-40.

¹⁹² Следзевский И. В. Диалог цивилизаций как смысловое поле мировой политики / И. В. Следзевский // Общественные науки и современность. — 2001. — № 2. — С. 142.

людства) глобальною етикою. Тут глобальне управління виражає квазіміжнародний смисл, не пов'язаний з суверенітетом держав, а спирається на авторитет етичних вчень і духовних традицій¹⁹³. І якщо на цьому етапі діалогу цивілізацій такий стан «безправ'я» ще припустимий, то, очевидно, найближчим часом можна прогнозувати розвиток процесів формування норм і цінностей глобального права, яке і повинно виступити основою становлення майбутнього глобального правопорядку.

Як відзначає відомий спеціаліст із загальної теорії прав людини Е. А. Лукашева, головний недолік в управлінні глобалізацією в тому, що вона здійснюється поза правовим полем, яке передбачає дотримання принципів солідарності, справедливості і рівності. Її висновок: «глобалізація без опори на право як всередині національних держав, так і в міжнародних відносинах, нормує свавілля і порушення прав людини»¹⁹⁴.

В юридичній літературі вже робляться спроби осмислення понять, які відображають процеси глобалізації в категоріях юриспруденції і які застосовуються до права, проводиться розмежування правової глобалізації і глобалізації в правовій сфері¹⁹⁵. Припускаючи можливість створення і функціонування глобального права, Л. Удовіка відзначає, що воно не може бути зведено до системи норм і правил поведінки, а постає як специфічний образ права, оснований на європейській моделі, і який відображає сучасний буржуазний світогляд, соціальні устрої, традиції. Глобалізація в праві — це продукт розвитку Західної цивілізації, і в своїй основі це подальша європеїзація світу¹⁹⁶. Однак тут можуть бути висловлені деякі зауваження автору.

¹⁹³ Следзевский И. В. Диалог цивилизаций как смысловое поле мировой политики / И. В. Следзевский // Общественные науки и современность. — 2001. — № 2. — С. 155.

¹⁹⁴ Права человека и процессы глобализации современного мира / Отв. ред. Е. А. Лукашева. — М.: Норма, 2007. — С. 6-7.

¹⁹⁵ Удовика Л. Глобалізація і право: антропологічний вимір / Л. Удовика // Антропологія права : філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : Матеріали Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 4-5 грудня 2009 року). — Л. : Край, 2009. — С. 368-371.

¹⁹⁶ Удовика Л. Глобалізація і право: антропологічний вимір / Л. Удовика // Антропологія права : філософський та юридичний виміри (стан, проблеми,

По-перше, як уже зазначалось, дослідники глобалізації розглядають її як процес американізації світу; і, по-друге, сумнівною є теза про становлення глобального права як цілеспрямованої діяльності. Цей процес протікає стихійно і поки можна відзначити тільки боязкі спроби підключитися до формування глобального права з боку деяких міжнародних організацій і транснаціональних корпорацій.

У цьому плані інтерес представляє розвиток сучасного міжнародного права і формування в його складі все більшої кількості норм так званого «м'якого права». Гнучкість і пристосовуваність «м'якого права» визначила широке його використання в актах-рекомендаціях міжнародних організацій. При цьому помітна здатність норм «м'якого права» бути доробком майбутнього «жорсткого права», що підтверджується **численними прикладами, які приводяться представниками науки міжнародного права**¹⁹⁷.

Різниця між національним, інтегративним і міжнародним правом, заснованих на ідеях верховенства права, інакше названих жорстким правом, і глобального права як нової правової реальності, частково в його характеристиці як м'якого права, яке не може бути гідним інструментом для реалізації ідеї верховенства права, пов'язано не стільки з **недержавними учасниками, від яких походить це право**, але також з «м'якою» нормативною реальністю, яка складає його зміст. В умовах глобалізації, зверху встановлених державних кордонів іде процес взаємодії, який передбачає становлення специфічної (м'якої) правової нормативності, яка виражає особливості правової глобалізації.

Серед проблемних областей міждисциплінарних досліджень, які мають прямий вихід на становлення глобального права, не тільки процеси подальшого розвитку національного права, але й проблематика адаптації подальшого розвитку національного права до порушень їх суверенітету, участь державних і недержавних акторів у формуванні нової політичної моделі світу¹⁹⁸.

перспективи) : Матеріали Міжнародного «круглого столу» (м. Львів, 4-5 грудня 2009 року). — Л. : Край, 2009. — С. 360-361.

¹⁹⁷ Безбородов Ю. С. Роль норм мягкого права в международно-правовом регулировании / Ю. С. Безбородов // Международное публичное и частное право. — 2004. — № 6 (21). — С. 5.

¹⁹⁸ Политология : учебник / А. Ю. Мельвиль и др. Под ред. А. Ю. Мельвиля. — М. : МГИМО (университет) МИД России; Проспект, 2011. — С. 522.

Змагання, які відбуваються зараз між національними правовими порядками з метою залучення транснаціональних корпорацій, туристів або інших учасників глобалізації, з одного боку, створює умови для того, щоб представити свій правопорядок як «юридичний рай»¹⁹⁹ для учасників глобальних відносин а, з іншого боку, зближує правові системи, створюючи умови для формування однаманітності нормативного змісту правових систем.

Додатковим аргументом для утвердження самостійності нової правової реальності — глобального права є розробки проблематики глобального менталітету як загальноцивілізаційного менталітету, який виражає сукупність конструктивних ментальних засобів, які здатні забезпечити стабільність і спадковість в розвитку людства. Глобальний менталітет має інтернаціональний характер, виражає сукупність інтенсивних конструктивних співпадінь різних цивілізацій і культур, ядром яких виступає почуття глобальності і загальнолюдської ідентичності, а складовими є нетерпимість до насильства, любов до справедливості, бережливе ставлення до природи, схильність до норм розумного споживання і т.ін.²⁰⁰

У зв'язку з тим, що учасники глобалізації можуть вибрати правові норми згідно зі своїми уподобаннями, не складно зробити висновок, що глобальний правопорядок формується без явних проявів примусу. Глобалізація в її юридичному вимірі не сприймає ні національне право з його територіальною прив'язкою, ні міжнародне право з його нормами колізійного права і договорами. Глобальне право намагається бути чимось більшим, ніж міжнародне право, яке розвивається²⁰¹. Оскільки однією з основних рушійних сил глобалізаційних процесів виступають транснаціональні корпорації, то цілком зрозуміло, що однією із складових глобально-

¹⁹⁹ Лапорта Ф. Глобализация и верховенство права. Некоторые сомнения вестфальца / Ф. Лапорта // Проблемы філософії права. — 2006-2007. — Том IV-V. — С. 39.

²⁰⁰ Губанов Н. И. Глобальный менталитет как условие предотвращения межкультурных конфликтов / Н. И. Губанов, Н. Н. Губанов // Социс. — 2011. — № 4 — С. 54-55.

²⁰¹ Лапорта Ф. Глобализация и верховенство права. Некоторые сомнения вестфальца / Ф. Лапорта // Проблемы філософії права. — 2006-2007. — Том IV-V. — С. 42.

го права повинні бути норми і принципи, які регулюють правовий статус ТНК²⁰².

На думку Ф. Лапорта, глобальне право — це новий вид права, який володіє своїми інституційними складовими, серед яких:

а) нове торгове право (*lex mercatoria*), яке контролює комерційні дії і прагне вийти за рамки держав, установлюючи обов'язки без застосування державного примусу. Стандарти, які тут використовуються, є саморегулюючими в силу того, що всі учасники зацікавлені в їх дотриманні. Характерна і термінологія для характеристики *lex mercatoria*, така як «беззбройність» і «необов'язковість» права;

б) інституційна модель глобального права пов'язана з таким інститутом, як Всесвітня Торгова Організація (ВТО). Формування глобального управління може бути представлено на його прикладі. ВТО створена як організація з метою досягнення широкого ступеня лібералізації в питаннях торгівлі. Зараз ВТО визначає норми та умови для всіх видів комерційних продуктів, включаючи регулювання і лібералізацію послуг. Рішення приймаються шляхом переговорів і круглих столів. Члени організації домовляються і обмінюються комерційними порядками, які виражаються в нормах, обов'язкових для всіх учасників. ВТО складається з держав-членів, але його принципи, правила і рішення мають пріоритет над національним правом, що змушує держави міняти свій правопорядок.

Поступово формується правова сфера, яка не вписується ні в національне, ні в міжнародне право, це ніщо інше, як глобальне право, норми якого застосовуються особливими суб'єктами, а межі дії не обмежені державними кордонами. Глобальне право в першу чергу характеризується як «м'яке право», на відміну від національного права, яке застосовує норми «жорсткого права» з його послідовно проведеною ідеєю «верховенства». Ця м'яка нормативно-правова реальність обумовлена тим, що вона як правило походить від недержавних учасників; містить неясні і невизначені умови, які

²⁰² Фединак Г. С. Правосуб'єктність транснаціональних корпорацій у час глобалізаційних процесів (аспекти міжнародного права та міжнародного приватного права) : Монографія / Г. С. Фединак. — К. : АТИКА, 2007. — С. 41-42.

постають як необов'язкові, базується на добровільній прихильності і одобренні; забезпечена неправовими способами примусу²⁰³.

Глобальне право яке формується, містить норми які багато в чому пов'язані з координацією і кооперацією, ніж з регулюванням, коли нав'язуються норми і цінності конфлікту інтересів, цієї традиційної сфери для становлення права як такого і національного права зокрема.

Проблематика взаємозв'язку глобалізації і права вже сьогодні представлена з різних ракурсів. Так, вплив глобалізації на право охарактеризовано М. Н. Марченко шляхом виділення тенденцій розвитку права в умовах глобалізації, серед яких: універсалізація і уніфікація права; широке використання принципів права як регуляторів суспільних відносин; посилення ролі суддівської практики; розширення прав людини і громадянина; політизація права²⁰⁴.

В цьому списку варто було б в якості самостійної тенденції виділити тенденцію формування глобального права як нової правової реальності. По суті мова йде про новий рівень буття права, який складається. Іншими словами, наряду з національним рівнем (національне право), міжнародним рівнем (міжнародне право), інтегративним рівнем (інтегративне право), на глобальному (між цивілізаційному) рівні формується глобальне право.

Слід підкреслити, що процеси глобалізації в правовій сфері торкаються всіх рівнів існування права. В той же час, це не виключає, а, навпаки, інтенсифікує проблематику становлення особливої правової реальності — глобального права.

В наш час висловлюються досить спірні міркування, які стосуються формування глобальної правової системи і глобального правопорядку. Так, на думку В. М. Шумілова, глобалізація веде до змін в праві, які формують глобальну правову систему. Ця глобальна правова система поєднує в собі внутрішнє (національне) і між-

²⁰³ Лапорта Ф. Глобализация и верховенство права. Некоторые сомнения вестфальца / Ф. Лапорта // Проблемы философии права. — 2006–2007. — Том IV-V. — С. 42.

²⁰⁴ Марченко М. Н. Основные тенденции развития права в условиях глобализации / М. Н. Марченко // Государство и право. — 2009. — № 6. — С. 6–10.

народне право, які формуються в деякій єдності, частиною якого виступає також транснаціональне і наднаціональне право ²⁰⁵.

Такий підхід пояснюється тим, що національне і міжнародне право в процесі глобалізації все більше взаємопроникають один в одного. Крім того, в результаті діяльності багатонаціональних підприємств створюється специфічна нормативність, яку іменують транснаціональним правом. В своїй діяльності багатонаціональні підприємства заключають договори з державами-інвесторами, а також між собою, що і створює цей специфічний правовий порядок. В цій ситуації учасники відносин самі вибирають норми поведінки, які не охоплюються ні національним, ні міжнародним правом ²⁰⁶.

На кінець, ще однією ланкою в глобальній правовій системі розглядається наднаціональне право, яке утверджується тим, що багато міжнародних організацій в силу своєї статутної правосуб'єктності отримали можливість зобов'язувати своїми конкретними рішеннями держави-члени, не заручаючись їх згодою в кожному окремому випадку. В тій чи іншій мірі наднаціональний характер права виражається в діяльності ряду міжнародних організацій регіонального і універсального рівнів (Європейський союз, МВФ, ВТО та ін.) ²⁰⁷.

Таким чином, формування глобальної правової системи В. М. Шуміловим пов'язано зі з'єднанням всіх правових систем в одну глобальну правову систему. Очевидно, це перевищення ролі глобалізації в розвитку правових систем, оскільки при всьому просуванні глобалізації на національному, інтегративному і міжнародному рівні буття права, вони продовжують своє існування як національні, інтегративні і міжнародно-правові системи. Думається, що глобальна правова система — це новий рівень існування права, яке знаходиться на стадії становлення, який вже сьогодні проявляє себе в особливостях м'якого права, діяльності специфічних інститутів (ВТО, МВФ, транснаціональні корпорації та ін.), утверджен-

²⁰⁵ Шумілов В. М. Международное право и глобальная правовая система / В. М. Шумілов // Московский журнал международного права. — 2002. — № 4. — С.19.

²⁰⁶ Там само. — С. 16.

²⁰⁷ Там само. — С. 17-18.

ні особливих юридичних джерел права (принципи права, юридична доктрина, юридична практика), становленні між нормативних зв'язків і залежностей (рекомендаційних стандартів), проявленні глобального правового менталітету і утвердженні глобальної правової культури.

2.2. УРБАНІСТИЧНИЙ ПІДХІД ЯК МІЖДИСЦИПЛІНАРНИЙ НАПРЯМ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Міста в усі часи були центрами цивілізації. Саме тут відбувалися докорінні зміни у суспільному житті, формувалися політичні ідеї, здійснювалися революції та утворювалися соціальні рухи. Саме урбаністичний простір став прообразом державного простору як сфери механізму дії права. Понад те, право як явище культури і цивілізації є саме міським «винаходом». Тимчасом у процесі формування національних держав, який завжди пов'язаний із централізацією влади та створенням єдиної правової системи, міста поступово витіснилися на периферію державного та правового розвитку, втративши ту особливу правову роль, яку вони відігравали у суспільстві у попередні епохи.

Водночас нині поширеними стають твердження про необхідність децентралізації держави, перенесення максимально можливої кількості повноважень на місцевий рівень, оскільки централізований державний механізм не в змозі виступати ефективним регулятором у сучасну епоху, коли ситуативність стає домінантою суспільного розвитку²⁰⁸. Це актуалізує проблематику правового виміру міста, коли саме урбанізація починає бути процесом, який визначає суспільний розвиток. Це потребує переосмислення низки теоретичних положень, які стосуються буття сучасного права, його диференціації у просторі та інституційного оформлення.

Міське право — новий напрям досліджень в юриспруденції, який поки що не має свого повного інституціонального відображення, а також вираження в нормативній формі. Водночас очевидним є зв'язок цієї прогалини з нечіткою визначеністю предмета

²⁰⁸ Оборотов Ю. Дослідження цінності держави як актуальний напрям сучасного правознавства / Ю. Оборотов // Право України. — 2010. — № 1. — С. 44-51.

міського права, його інститутів, особливостей дії. Крім того, розуміння міського права потребує його деталізованого вивчення, аналізу і визнання.

Обґрунтування фундаментальних (загальнотеоретичних) підстав міського права дозволить виділити цілий пласт питань теорії і практики в галузі правових відносин, що виникають у міській сфері. З одного боку, міське право дасть можливість юристам використовувати розробки урбаністики для пізнання специфіки міського правового простору, а, з іншого, відокремлення міського права може синтезувати в собі проблематику правової сфери міста, яка частково міститься в конституційному, господарському, фінансовому, земельному праві тощо. Крім того, смисловим центром міського права є місто і його прояви у сфері права, що дозволяє визначити більш чітку межу між ним і муніципальним правом.

Питання, які стосуються міської правової системи, не можуть бути розв'язані традиційною юридичною методологією. Для цього необхідно використовувати підходи, методи та концепції, які виходять за межі класичних уявлень про дію права, механізм правового регулювання та просторову диференціацію права. Дійсно, можна стверджувати, що для загальнотеоретичної юриспруденції питання диференціації права, які пов'язані з особливостями правового впливу на різних рівнях та напрямках дії права, є доволі актуальними. Це зумовлено тим, що без урахування специфіки сприйняття правових нормативів та цінностей у різних сферах правового життя суспільства неможливо говорити про ефективність правового регулювання суспільних відносин. Тож диференціація права безпосередньо пов'язана з існуванням різних соціальних просторів, у яких по-різному інтерпретуються правові норми та цінності.

Найбільшого значення ця проблема набуває в умовах становлення нових типів правових систем, зокрема, урбаністичних, пов'язаних із формуванням специфічних ціннісно-нормативних регулятивних систем у містах. Однак доволі складно розглядати ці правові системи, використовуючи традиційний юридичний інструментарій.

При цьому розвиток сучасного юридичного знання спрямований на освоєння нових сфер науки, які дозволяють збагачува-

ти та поглиблювати існуючі теоретичні конструкції, відкривати нові грані існування права та держави в суспільстві. Саме в цьому контексті важливо звертатися до новітніх теорій, які формуються в соціології, політології, економіці та інших науках соціально-гуманітарного профілю. Одна з таких теорій — теорія міста, або урбаністика — є невід’ємною частиною соціології, яка вивчає принципи організації, суспільного структурування, стратифікації та управління у сучасних містах. Важливо при цьому, що в урбаністичних дослідженнях часто ігнорується вагомий для будь-яких соціальних груп правовий аспект їхнього буття. Водночас можна констатувати, що правове життя сучасних міст має низку характерних рис, які потрібно враховувати з точки зору проблем неоднорідності правового впливу, різної «щільності» правових комунікацій у різних соціальних групах, підвищеної правової активності городян тощо. Усе це зумовлює актуальність вироблення науково-дослідної методологічної програми міждисциплінарного характеру — правової урбаністики, головною метою якої має стати виявлення теоретико-правових підвалин правового буття сучасного міста.

При характеристиці соціальної дії права постає питання про те, як воно диференціюється, на підставі яких критеріїв виникають «згустки» правової матерії, в результаті чого починають формуватися правові системи, оформлюються нові специфічні правові порядки та сфери правової реальності. В юридичній літературі наголошується, що диференціація права може відбуватися за великою кількістю напрямів (галузева, функціональна, інституційна тощо). При цьому найбільш загальною є диференціація права відносно виділення правових систем, і тут слід виокремити такі її аспекти:

а) державна диференціація права, пов’язана з виділенням національних правових систем, простір яких, як правило, обмежено державними кордонами. Саме державна диференціація права формує єдиний правовий простір, у якому люди, їх об’єднання та держава реалізують свою поведінку відповідно до системи правових норм і цінностей, об’єднаних у правову цілісність (Р. Дворкін);

б) функціонально-телеологічна диференціація права, в рамках якої відбувається відокремлення правових систем залежно від того, з якою метою вони створюються і які функції виконують.

У такий спосіб відокремилася правова система Європейського Союзу, правова система СОТ та інші інтегративні правові системи. Специфіка інтегративних правових систем виражається в тому, що вони створюються і функціонують відповідно до певної мети, як правило, економічного характеру;

в) міжнародна диференціація права, яка сьогодні отримала свою особливу назву — фрагментація міжнародного права. Тут відбувається відокремлення міжнародних правових порядків, пов'язаних з особливостями правозастосування, імплементації та реалізації міжнародних договорів. Міжнародна диференціація права, на думку дослідників, відбувається у зв'язку з тим, що в міжнародному праві відсутній єдиний орган, який можна було б іменувати законодавчим, а також з тим, що система міжнародних судів не пов'язана з апеляційною інстанцією, внаслідок чого кожний міжнародний суд створює власну практику²⁰⁹.

Будь-яка з цих диференціацій, за винятком останньої, виходить з передумови, що правовий вплив, здійснюваний у рамках правової системи, є рівномірним і однорідним у всьому правовому просторі. Дійсно, коли мова заходить про функціонування національної правової системи, ми сприймаємо як аксіому ідею, що правові приписи діють, розуміються і реалізуються однаково в усій державі. Аксіома однорідності правового простору пов'язана, передусім, з практикою існування єдиної законотворчої системи, коли вважається, що правові норми, створювані парламентом, діють безпосередньо та однаково (презумпція прямої дії закону). Водночас правовий простір слід розглядати як неоднорідний, для чого є ціла низка підстав.

По-перше, неоднорідність правового простору пояснюється тим, що він є частиною соціального простору. А соціальний простір, своєю чергою, не може бути однорідним. Як зазначає П. Бурд'є, будь-який соціальний простір існує, насамперед, як неоднорідна маса комунікацій і капіталів. Чим більше людей залучено в комунікацію та обмін капіталами, тим щільнішим є соціальний

²⁰⁹ Плотніков О.В. Фрагментація міжнародного права: методологічний аспект / О.В. Плотніков // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. — О. : Юрид. л-ра, 2013. — Вип. 67. — С. 200-208.

простір²¹⁰. Щільність правового простору складно виміряти, але можна простежити, як вона змінюється. Якщо використовувати охарактеризований раніше метод диференціації права, то можна стверджувати, що право диференціюється також за просторовим критерієм. Понад те, часто саме актуалізація та інституціоналізація особливого правового простору веде до створення правової системи²¹¹.

По-друге, просторова диференціація права виявляється проблемою, яку вельми складно вирішити, використовуючи традиційний юридичний інструментарій, оскільки аксіома про рівномірний правий вплив не дозволяє в рамках існуючого юридичного знання визначити характер цієї диференціації. Вихід тут підказує економічна географія, або урбаністика, яка виникла як міждисциплінарний підхід, що вивчає проблеми неоднорідності соціального простору.

Тут важливо підкреслити, що одна з особливостей сучасної юридичної науки — її спрямованість на пошук міждисциплінарних підходів до розкриття різних аспектів правового життя. Міждисциплінарність сьогодні стає головною формою становлення нового знання, оскільки вважається, що повноцінна нова наукова гіпотеза не може виникнути «всередині» існуючого знання, а тому наукову новизну забезпечує метафоричне перенесення знань з однієї сфери до іншої. Це дає свіжий погляд на старі проблеми, можливість побачити їх у новому світлі²¹². Використання міждисциплінарних підходів дозволяє подолати високий рівень догматизації, характерний для юридичної науки. Шляхом привнесення нових тем, проблем, питань, концепцій, понять може бути забезпечено розвиток правової та державної сфер. Як справедливо зазначає М. А. Дамірлі, важливим аспектом міждисциплінарності є результат інтеграції

²¹⁰ Бурдые П. Власть права: основы социологии юридического поля / П. Бурдые // Социальное пространство: поля и практики / пер. с франц. ; отв. ред. пер., сост. и послесл. Н.А. Шматко. — СПб. : Алетей, 2005. — С. 75-128.

²¹¹ Наприклад, цю думку обґрунтовує М.М. Гнатовський: Гнатовський М.М. Європейський правовий простір. Концепція та сучасні проблеми : моногр. / М.М. Гнатовський. — К. : Промінь, 2005. — 224 с.

²¹² Честнов И.Л. Актуальные проблемы теории государства и права. Эпистемология государства и права / И.Л. Честнов. — СПб. : ИВЭСЭП, Знание, 2004. — С. 19-20.

знання — зовсім новий, особливий, такий, що виходить за межі наявного знання, когнітивний поступ²¹³.

Освоєння методів та результатів інших наук було і залишається важливим напрямом та істотним джерелом розвитку юридичної науки. Можна виділити дві основні форми такого освоєння значущих для юриспруденції досягнень інших наук: юридизація методів (і пізнавальних засобів та прийомів загалом) і формування нових юридичних дисциплін (антропології права, економіки права тощо) на стику юриспруденції та суміжних наук. Юридизація при цьому означає юридико-понятійну трансформацію неюридичних методів і дисциплін, їх перетворення з визначальних позицій поняття права та їх включення до нового пізнавально-смыслового контексту предмета і методу юридичної науки²¹⁴.

Однією з актуальних сфер соціально-економічних досліджень сьогодні стає урбаністика — міждисциплінарна методологічна концепція, спрямована на виявлення соціальних, економічних, політичних, релігійних, культурних, архітектурних тощо аспектів існування міста (як старовинного, так і сучасного). Вважається, що урбаністика як концепція сформувалася в межах економічної географії як напрям, що має своїм предметом комплексний аналіз проблем, пов'язаних з формуванням та функціонуванням міських центрів²¹⁵. Хоча можна зазначити, що основна віха у становленні урбаністики має радше соціологічний характер, оскільки вона пов'язана з відомою працею Макса Вебера «Місто» (1922), в якій один із засновників сучасної соціології спробував осмислити та типологізувати місто з позицій «розуміючої» соціології²¹⁶.

Як зазначає А. Є. Заяць, «визначальна роль міст у житті людського соціуму не підлягає сумніву, тому урбанізаційний процес можна розглядати як своєрідний синонім цивілізаційного поступу.

²¹³ Дамирли М. А. Междисциплинарность в исследовании права / М. А. Дамирли // Развитие методологии современной юриспруденции : матер. четвер. науч. конф., присвяч. пам. проф. О. В. Сурілова / за ред. Ю. М. Оборотова. — О. : Фенікс, 2015. — С. 27.

²¹⁴ Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В.С. Нерсесянц. — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1998. — С. 76.

²¹⁵ Глазычев В.Л. Урбанистика / В.Л. Глазычев. — М. : Европа, 2008. — С. 15.

²¹⁶ Вебер М. История хозяйства. Город / Макс Вебер. — М. : Канон-пресс-Ц, Кучково поле, 2001. — 576 с.

Міста були результатом розвитку продуктивних сил суспільства, а їхня економіка, у свою чергу, — важливим елементом останніх. Поява міст суттєво впливала на утворення і формування як локальних (національних), так і транснаціональних ринків, а самі вони ставали акумуляторами того прогресивного, що народжувалося у надрах феодальної епохи... Історія міст — це та складова, без якої неможливо уявити цілісність історичного процесу»²¹⁷. По суті, у цій цитаті — головна ідея історичної урбаністики як одного з найбільш впливових напрямів досліджень міста.

Основні ідеї урбаністики мають комплексний і доволі складний характер, що пояснюється багатоаспектністю міста. Як зазначає О. Г. Трубіна, класичні теорії міста ставили перед собою кілька фундаментальних проблем: у чому проявляється міський спосіб життя і чи можна говорити, що він однаковий в усіх містах? Чи існують у містах особливі форми соціальної ідентичності? Як взаємодіє міське життя з традиційними соціальними зв'язками? Які особливості просторової організації міського соціуму? Як має здійснюватися управління містом?²¹⁸ Традиційно лише останнє питання, пов'язане зі стратегічними та ситуативними аспектами міського управління, розглядають у контексті існування міського права.

Тимчасом перспективи урбаністики для права є багатшими, оскільки дозволяють розглядати місто не просто як особливий соціальний простір, де актуалізуються зв'язки, інститути та ролі, але й як особливу форму правового життя. У зв'язку з цим важливою є ідея, відповідно до якої місто є простором високої щільності. Це означає, що усі процеси та трансформації у місті відбуваються швидше, ніж в інших соціальних просторах. Це дає можливість урахувати просторові аспекти дії права та правового впливу. У загальнотеоретичній юриспруденції правовий вплив розглядається як рівномірно поширений на всю територію держави. Тимчасом реальне функціонування права пов'язане з соціальним простором його сприйняття, і тому міста є більш активними реципієнта-

²¹⁷ Заяць А. Урбанізаційний процес на Волині в XVI — першій половині XVII століття / А. Заяць. — Л. : ЛНУ імені Івана Франка, 2003. — С. 42.

²¹⁸ Трубіна Е.Г. Город в теории. Опыт осмысления пространства / Е.Г. Трубина. — М. : Новое литературное обозрение, 2011. — С. 41-42.

ми правового впливу. Понад те, вони мають соціальні ресурси для створення автономних правових систем та забезпечення правового примусу.

Місце урбаністичного підходу у структурі юридичного знання визначається, передовсім, такими обставинами:

а) урбаністичний підхід не просто дозволяє констатувати неоднорідність правового простору, а й чітко вказати на критерії, які цю неоднорідність утворюють: наявність у межах правового простору центрів (ідеться про міста), в яких концентрація правових зв'язків і відносин значно вища, ніж на периферії; існування в цих центрах особливої форми правової культури — міської правової культури, яка володіє потужним асиміляційним впливом на людину (при цьому міська соціалізація завжди пов'язана з прийняттям певних правових ідей); розвиток центрів з позицій урбаністичного підходу дозволяє державі формуватися як моноцентричній (один сильний центр, в якому приймаються рішення та який тяжіє над іншими, вторинними центрами — Франція, Польща, Норвегія тощо) або поліцентричній (існує кілька центрів, що борються за вплив і визначають структуру правового простору — США, Росія, Бразилія тощо);

б) урбаністичний підхід є міждисциплінарним. З цього випливає, що його місце в методології юриспруденції визначається необхідністю залучення нових знань з соціології, економіки та політології — трьох основних сфер, де використовують ідеї урбаністики.

Оскільки проблема територіальної диференціації права знаходить своє послідовне вирішення саме за допомогою урбаністичного підходу — генеральної стратегії дослідження права, заснованій на ідеї правової урбаністики, — слід показати його основні елементи. Відомо, що методологічний підхід складається з концептуальної та інструментальної частини:

1) концептуальна частина урбаністичного підходу виражена в тому, що місто виступає автономною просторовою одиницею, в якій відбувається формування особливого локалізованого правового порядку, інституціоналізація якого утворює специфічну правову систему;

2) інструментальна частина урбаністичного підходу виражена в тому, що правові системи міст, а також міські правові системи,

досліджуються з точки зору існування особливого феномена — міського права. Стосовно до міського права використовується методологія, заснована на структурно-функціональному та інституціональному аналізі (система міського права, інститути міського права тощо).

Можна стверджувати, що розгляд правової урбаністики як цілісної методологічної концепції є перспективним з точки зору представлення її як науково-дослідної програми. Науково-дослідна програма — основне поняття концепції науки І. Лакатоса. Згідно з його точкою зору, вона є основною одиницею розвитку і оцінки наукового знання. Науково-дослідна програма є метатеоретичним утворенням, у рамках якого здійснюється теоретична діяльність (це серія теорій, що об'єднані сукупністю фундаментальних ідей і методологічних принципів, які змінюють одна одну)²¹⁹.

Будь-яка наукова теорія повинна оцінюватись разом зі своїми допоміжними гіпотезами, початковими умовами, а головне, разом з теоріями, які їй передували. Отже, об'єктом методологічного аналізу стає не окрема гіпотеза чи теорія, а серія теорій, тобто певний тип розвитку. Якраз такий підхід є найбільш виправданим з точки зору розвитку правової урбаністики, адже вона існує в міждисциплінарному науковому просторі. Як зазначає В. С. Стюпін, у рамках міждисциплінарних досліджень наука, як правило, стикається з такими складними системними об'єктами, які в окремих дисциплінах досліджуються лише фрагментарно, тому ефекти їхньої системності можуть бути взагалі не виявлені при вузькодисциплінарному підході, а виявляються лише при синтезі фундаментальних і прикладних задач у проблемно-орієнтованому пошуку²²⁰. Дійсно, таке бачення міждисциплінарності може бути застосоване до правової урбаністики, оскільки багатоаспектність міста — стрижнева проблема, що досі не дозволяє створити цілісної наукової теорії, яка в єдиному методологічному просторі пояснювала би розвиток

²¹⁹ Лакатос І. Методология научных исследовательских программ / И. Лакатос // Вопросы философии. — 1995. — № 4. — С. 135-154.

²²⁰ Степин В.С. Классика, неклассика, постнеклассика: критерии различения / В.С. Степин // Постнеклассика: философия, наука, культура. — СПб. : Издательский дом «Мирь», 2009. — С. 282-283.

сучасних міст. Саме тому правова урбаністика має розглядатися як науково-дослідна програма міждисциплінарного типу.

Кожна науково-дослідна програма як сукупність певних теорій включає в себе: а) «жорстке ядро» — цілісну систему фундаментальних, конкретно-наукових і онтологічних припущень, які зберігаються в усіх теоріях цієї програми; б) «захисний пояс», що складається із допоміжних гіпотез і забезпечує збереження «жорсткого ядра» від заперечень; в) нормативні, методологічні правила-регулятори, що вказують найбільш перспективні шляхи досліджень (позитивна евристика) і ті, які треба оминати (негативна евристика)²²¹.

Отже, ця структура науково-дослідної програми має бути екстрапольована на правову урбаністику. Перенесення ідей урбаністики на правову площину дозволяє по-новому пояснити не лише феномени міського права, міської правової культури та правосвідомості, але й виявити глибинні аспекти існування права загалом. Саме тому правова урбаністика як міждисциплінарна науково-дослідна програма має метою розкриття кількох основних наукових напрямів, які, власне, складають «жорстке ядро» цієї програми:

1) розгляд міста як специфічного правового простору. Для правової урбаністики поняття простору має принципове значення, оскільки саме з ним пов'язана соціально-правова самоідентифікація городян. Важливо при цьому констатувати неоднорідність правового простору різних міст, його різну нормативну та ціннісну наповненість, а також рівень його інституціоналізації;

2) феномен міської правової культури як особливої інформаційно-семіотичної системи. В урбаністичній літературі висловлюється думка, що особливості соціальної ідентифікації міст пов'язані, насамперед, з культурними кодами, властивими тому чи іншому міському простору. Так, необхідність юридичної охорони культурних пам'яток в європейських містах доби Відродження стала основою для формування нового типу міського права, далекого від феодальних владних систем. Міська правова культура має розглядатися як специфічний пласт загальносоціальної правової культури та включати в себе інститути міського права (такі як

²²¹ Лакатос І. Фальсифікація и методология научно-исследовательских программ / Имре Лакатос ; пер. с венг. — М. : Медиум, 1995. — 236 с.

право міського самоврядування, правового статусу територіальної громади міста тощо), правосвідомість городян, пов'язану зі сприйняттям та реалізацією певних систем правових цінностей;

3) правові засоби адміністрування міста. Саме цей напрям правової урбаністики є найбільш популярним в англо-американській правовій традиції, оскільки він пов'язаний зі специфікою американської соціології міста. Найбільша увага тут приділяється проблемам міської інфраструктури, правовим аспектам управління міською економікою, плануванням міської території тощо. Ця проблематика правової урбаністики має найбільш яскраво виражений практичний аспект.

«Жорстке ядро» правової урбаністики як науково-дослідної програми має також доповнюватися допоміжними гіпотезами та теоріями, спрямованими на концептуалізацію основних елементів правового виміру міста. Ці допоміжні гіпотези та теорії мають утворювати «захисний пояс», за рахунок яких правова урбаністика, по-перше, розширює свою теоретико-методологічну базу і, по-друге, формує теоретичні конструкції «середнього рівня» — окремо-наукові концепти, обмежені чіткими предметними рамками. Так, до таких концептів можна віднести концепт міського правового простору, який виступає субстанцією для функціонування міського права; концепт міської правової системи та правової системи міста як особливої форми буття сучасного права; концепт правового образу міста, який концентрує в собі герменевтичні та феноменологічні аспекти міського правового життя тощо.

Тут актуалізується позитивна евристика правової урбаністики, тобто система методологічних засобів, методів та підходів, якими вона має користуватися задля досягнення наукового ефекту. Оскільки правова урбаністика є міждисциплінарною науково-дослідною програмою, то відповідними характеристиками буде володіти й її методологія. Поширеними є твердження, відповідно до яких методологія наукових досліджень може бути умовно розділена на два рівні — концептуальний та інструментальний²²².

На першому рівні дослідник створює методологічну систему високого рівня абстрагування, яка забезпечує правильність про-

²²² Лешкевич Т.Г. Философия науки: традиции и новации / Т.Г. Лешкевич. — М. : ПРИОР, 2001. — С. 23.

ведення логічних операцій та, відповідно, постановки основних проблем. Тому тут визначається, головним чином, матриця наукового пошуку, а не науковий зміст цього пошуку. Саме з цієї причини правова урбаністика на концептуальному рівні методології оперує принципами, концепціями та підходами, які якісно визначають стратегічні напрями дослідження міста з позицій юриспруденції. Концептуальний рівень методології правової урбаністики тісно пов'язаний з особливістю методологічної ситуації в юриспруденції загалом.

Водночас можна виділити низку особливостей та специфічних підходів, які характеризують саме урбаністичні юридичні студії. Зокрема, можна говорити про використання просторового підходу, який також використовується в економічній географії та соціології міста. Просторовий підхід спрямований на розгляд міста з точки зору організації його реальної та символічної території. Для правової урбаністики просторовий підхід виступає підґрунтям для формування правової системи міста, а також виявлення особливостей правових засобів зонування та міського планування.

Для правової урбаністики важливу роль відіграє феноменологічний підхід, який набуває особливої актуальності у наш час. На думку С. В. Пирогова, необхідність «феноменологічного повороту» в сучасних урбаністичних дослідженнях зумовлюється низкою причин: 1) континуальністю міського життя, взаємопереходом об'єктних та суб'єктних структур життєдіяльності і проблеми структуризації життєвого світу городян та локусів міського життя; 2) різноманіттю та унікальністю міст, що зумовлює постановку проблеми про культурні підстави індивідуальної строкатості міст — проблеми «духу міста», специфіки міської ментальності; 3) мінливістю міського життя і проблемою реалізації механізмів саморозвитку міст як просторів комунікацій²²³.

За Е. Гуссерлем, феномени — це сутності, що лежать в основі реальності. Вони можуть бути як матеріальними, так і ідеальними. На противагу застосуванню поняття феномена в німецькій класичній філософії, де феномен розглядався виключно як явище, що виражає сутність -ноумен, феноменологія поєднує ці два понят-

²²³ Пирогов С. В. Феноменологическая социология и урбанистика / С. В. Пирогов // Вестник Томского государственного университета. — 2004. — № 282. — С. 97.

тя. Тобто, феномен — це і явище, і його сутність водночас. Отже, особливою рисою феноменів є те, що вони не просто виступають частинами реальності, але одночасно є і способом її пізнання. Феномен, звідси, пізнається не лише раціонально, але й чуттєво²²⁴. Специфікою застосування феноменологічного підходу в юриспруденції є те, що проблема виключного понятійного визначення права є такою, яку неможливо розв'язати, оскільки вона або веде до нескінченності, або приводить до деякої останньої сутності, яку можна лише прийняти та описати. На думку М. К. Мамардашвілі, саме буття феномена передбачає його ціннісний параметр. Він пише, що феномен -це дещо, що має онтологічне існування як значимість, на противагу явищу, для якого значимість не має ніякого сенсу²²⁵.

Усі наведені інтерпретації феноменів є симптоматичними й для правової урбаністики. Дійсно, місто є об'єктом, який складно «схопити» у понятті, остаточно раціоналізувати та виявити його відмінні риси. Натомість саме юриспруденція має оперувати такими раціоналізованими визначеннями міста та його складових, за допомогою мови права конструювати правовий простір міста та встановлювати необхідні правові засоби для його регулювання. Без застосування феноменологічної методології — це є доволі складним завданням, адже саме феноменологічний підхід дозволяє розкрити глибинні пласти та нашарування, які оточують складні соціокультурні об'єкти.

На інструментальному рівні методології відбувається приріст знання і отримання нових змістовних висновків. Якщо для концептуального рівня методології принциповою метою є сформулювати проблему та виявити принципи її розв'язання, то інструментальний рівень оперує предметним знанням. Правова урбаністика тут використовує увесь арсенал філософських, загальнонаукових, окремо-наукових та спеціальних методів, які існують у сучасному соціогуманітарному знанні. Однак варто підкреслити специ-

²²⁴ Гуссерль Э. Кризис европейских наук и трансцендентальная феноменология. Введение в феноменологическую философию / Эдмунд Гуссерль ; пер. с нем. Д. В. Скляднева. — СПб. : Владимир Даль, 2004. — С. 154-155.

²²⁵ Мамардашвили М. Классический и неклассический идеалы рациональности / Мераб Мамардашвили. — СПб. : Азбука, Азбука-Аттикус, 2010. — С. 42.

фічність використання окремих методологічних прийомів, характерних для правового дослідження міст. Зокрема, В. Л. Глазичев звертає увагу на те, що жодне урбаністичне дослідження сьогодні не може обійтися без використання мікро- та мезоекономічного аналізу, оскільки саме економічна урбаністика наразі диктує тон міським дослідженням. Між тим, методи інтент-аналізу, які застосовуються соціологами, також важливо використовувати, якщо залишити рівень вільних теоретизувань та спробувати виявити специфіку кожного окремого міста в його предметності²²⁶.

Методологічні особливості правової урбаністики визначають її особливе місце у системі сучасних напрямів юридичних досліджень. Вона якісно відрізняється від теоретичних засад науки муніципального права, оскільки прагне використовувати догматичні методи лише побіжно. Водночас правова урбаністика відкриває нові можливості для більш широкого використання саме юридичної методології в соціогуманітарних дослідженнях.

Вважаємо, що використання сучасної юридичної методології на основі урбаністичного підходу є тією методологічною конструкцією, яка дозволить розкрити різноманітні грані міської правової системи як особливої цілісності, що відповідає потребам суспільного розвитку.

2.3. ВІД ГЕНЕЗИСУ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ДО ЙОГО СУЧАСНОЇ СОЦІАЛЬНО — ПРАВОВОЇ МОДЕЛІ

Важливе місце в сучасній юриспруденції займають проблеми, пов'язані з дослідженням процесу формування та розвитку громадянського суспільства. Масштабні зміни, що відбулися у світі в цілому і в Україні зокрема на рубежі XX-XI століть, трансформували базові парадигми бачення та оцінок тенденцій суспільно-державного розвитку. Відбувається перехід від уявлень про державний моноцентризм і абсолютизацію суверенітету держави до розуміння соціального поліцентризму і визнання ролі безпосередньої участі громадян в управлінні, здійсненні владних функцій, головним чином, через діяльність інститутів громадянського суспільства.

²²⁶ Глазичев В.Л. Вказ. праця. — С. 110.

Усе це обумовлює важливість і необхідність, насамперед, уточнення категоріального апарату, що характеризує зміст самого концепту «громадянське суспільство». Також як першочергові завдання виступають: виділення пріоритетних детермінант і концептуальних основ процесу становлення громадянського суспільства, визначення моделей і статусів складових елементів громадянського суспільства та механізмів їх взаємодії, у рамках системно-інституційного аналізу; характеристика інших нормативно-процесуальних аспектів функціонування громадянського суспільства. Такі завдання підвищують значимість методологічних розробок проблематики громадянського суспільства в сучасній юридичній науці.

Беручи до уваги методологічний плюралізм, властивий сучасним науковим дослідженням, ми отримуємо можливість комплексного застосування солідного парадигмально-концептуального потенціалу та теоретико-правового інструментарію, напрацьованих у рамках різних методологічних підходів для всебічного аналізу процесу становлення і функціонування громадянського суспільства. Тобто, інтегруючи наукові досягнення, ми, таким чином, отримуємо можливість ефективніше впроваджувати дослідні інновації.

У такому плані абсолютно органічним є застосування елементів традиціоналізму у вивченні формально-інституційних структур, що входять в систему громадянського суспільства. Однак, статичний, описовий аналіз таких структур обмежує можливості їх всебічного, комплексного дослідження, звужує перспективне бачення результату, виключаючи мікросоціальні фактори і вплив формальних структур на поведінку людей. Тобто, даний підхід носить якийсь консервативно-обмежений характер.

Тому більш ефективним представляється з'єднання його з біхевіористським підходом в аналізі специфіки поведінки структурних елементів громадянського суспільства, яка визначається свого роду індивідуалізацією суб'єктів, психологічними особливостями, що впливають на поведінку. На цій основі вибудовується логічно сконструйована, хоча і дещо абстрактна, модель, що пояснює поведінку системи, процеси її функціонування, що наочно демонструє розбіжності й однорідності в поведінці системи. У свою чергу, знання закономірностей поведінки дозволяють знаходити спосо-

би маніпуляції останнім або використовувати їх для оптимізації управління, враховуючи різні ситуації та умови, а також визначаючи реальні причини і параметри поведінки. На цій основі не тільки оцінюється адекватність поведінки всієї системи громадянського суспільства та його складових частин, але і прогнозується ймовірність його спрямованості.

І, нарешті, не менш істотним представляється виявлення закономірностей і особливостей адаптації складових елементів даної системи до нових умов існування, впливу соціальних і природних факторів на їх поведінку в рамках постбіхевіоризму і, особливо, його сучасних різновидів, націлених на подолання консерватизму і абстракціонізму, притаманних ряду методологічних підходів. Адже вони спрямовані не тільки на пояснення, але, насамперед, на дозвіл аналізованих ситуацій, на моделювання перспектив розвитку та вдосконалення системи громадянського суспільства.

Зокрема, на базі компаративістики, з використанням діалектичного та історичного принципів, чітко простежується як динаміка, так і своєрідність формування і функціонування громадянського суспільства в часовому і просторовому вимірах. А це дає можливість вибору форм і способів функціонування громадянського суспільства, які позитивно себе зарекомендували, розробки конкретних рекомендацій щодо їх модернізації. А, наприклад, синергетичний підхід дозволяє через постулат самоорганізації системи акцентувати увагу на найоптимальніших моделях і механізмах розвитку громадянського суспільства як складноорганізованої соціоприродної системи. Це робить можливим моделювати процеси у відкритому нелінійному середовищі, яким є система громадянського суспільства, застосовувати закономірності еволюції і самоорганізації до управління багатовимірною і неоднорідною системою, прогнозувати її розвиток.

Цим визначається нелінійність мислення і варіативність оцінок правових явищ, що характеризують процес розвитку громадянського суспільства; можливість розкривати об'єктивні зв'язки, виявляти основні тенденції та суперечності, властиві його становленню та функціонуванню як цілісної сукупності елементів, зв'язків, відносин, принципів і норм організації. У свою чергу, на дану систему впливають і традиції, і реальні, що також важливо брати до уваги.

Враховуючи існуюче різноманіття підходів, екстраполюємо їх на категорію «громадянське суспільство», досліджуючи еволюцію, а також сучасне розуміння і його стан. Витоки розуміння процесу виникнення і розвитку громадянського суспільства можна виводити з перших спроб аналізу процесу управління, пов'язаного з відповідальністю, але обов'язково за наявності права вибору, існування альтернативи, тобто, при фактичному визнанні суті демократичної практики та відповідних їй процедур.

Періодизація процесу становлення концепції громадянського суспільства нерозривно пов'язана з етапами державного будівництва та цивілізаційного розвитку на різних територіях.

Наочною демонстрацією основ громадянського суспільства можна вважати вже Давню Грецію з її державами-полісами, де громадянська громада виступала демографічною та соціокультурною спільністю, а кожен її член, будучи воїном, власником і носієм політичних прав, брав участь у житті держави — в політиці. Античне суспільство максимально використовувало демократичні форми і процедури для втілення ідеї соціальної гармонії, безумовно, в обмеженому розумінні свого часу. На цій базі вже в VI ст. до н.е. виникло явище, яке відповідає поняттю «ісономія», тобто, право участі всіх громадян в управлінні полісом. Хоча, звичайно, мова йшла тільки про громадян — політично повноправних представників, а не про все населення, яке греки іменували «лаос». Афінська демократія — один з найяскравіших прикладів такого явища. А свого роду ідеологи демократії того часу — Перікл, Фулідід та інші — підкреслювали важливість досягнень людини не тільки в особистих, а й у громадських справах.

Подібна тенденція розвивалася, хоча і по-різному виявлялася в різні часи і в різних народів, тому що нерідко супроводжувалася конфліктом поглядів на права людини і права держави, як у великого афінського мислителя Сократа (469-399 р. До н.е.), або повністю асоціювала поняття держави і суспільства.

Такий представник Античної епохи як Аристотель (384-322 до н.е.), характеризуючи державу як доданок різних структурних елементів — громадян, сімей, міських громад, шукав формулу єдності, взаємодії та разом з тим самостійності існування цих елементів, згідно зі своїми цілями і природними законами розвитку.

Він, по суті, прогнозував механізм взаємодії держави з громадянським суспільством, де важливими є не тільки обов'язки, а й права, активну участь громадянина у здійсненні влади. Такі погляди він сформулював у трактаті «Політика», критикуючи модель ідеальної держави, запропоновану Платоном і вважаючи її такою, що руйнує гармонію на користь держави. Аристотель робив акцент на сім'ї, справедливості, приватній власності, яка зміцнює позиції свого роду середнього класу та інших детермінантах, що визначають суть запропонованої ним форми правління — «політії», що об'єднує демократію з олігархією і дозволяє гармонізувати інтереси держави та індивіда²²⁷.

Ідеали теоретиків Стародавньої Греції перегукувалися з поглядами мислителів Стародавнього Риму. Так, Марк Тулій Цицерон (106-43 до н.е.) у діалогах «Про державу», «Про закони» сформулював розуміння народу, яке може бути покладено до основи розуміння громадянського суспільства. У нього народ об'єднаний правом та інтересами. А держава виступає формою, яка забезпечує правову рівність громадянам. Хоча при цьому ідеалом він вважав поєднання монархії, аристократії і демократії²²⁸.

Базові ідеї давніх мислителів: участь громадян в управлінні; певна самостійність таких сфер життя суспільства як сім'я, релігія, мистецтво, освіта; справедливість законів і рівність прав — вплинули на теоретиків наступних епох, закладаючи фундамент розуміння громадянського суспільства, його місця, ролі, функцій, механізму взаємодії з державою.

Середньовічні арабські мислителі розвивали античні ідеали таких цінностей, як гармонія і щастя людини, пов'язуючи їх з об'єднанням людей на честь загального блага, як зокрема, Ібн Рушд (1126-1198) у трактаті «Про досягнення щастя».

Навіть утопічні теорії містили ідеї, важливі для формування концепцій громадянського суспільства. Так, наприклад, Томас Мор (1478-1535) у своїй праці «Утопія» мріяв про справедливе суспільство, де захищені інтереси людей.

²²⁷ Аристотель. Політика /Аристотель //Соч.: в 4т. — Т.4.- М.: Мысль, 1985. — С. 375-644.

²²⁸ Цицерон М. Т. Диалоги. О государстве. О законах. /М. Т. Цицерон. — М.: Наука, 1966. — С. 224.

Важливу роль у становленні концепцій громадянського суспільства відігравала і зміна підходів до проблеми походження держави, зокрема, затвердження теорії її договірного походження як результату волевиявлення людей. Саме так формулював цю ідею Гуго Гроцій (1583-1645) у своєму знаменитому трактаті «Про право війни і миру. Три книги», що побачив світ в 1625 році і вже через два роки потрапив до «Індексу заборонених книг», що не завадило 40 раз перевидавати його протягом наступних 30 років.

Конкретне наповнення і розвиток концепції громадянського суспільства як культурного, упорядкованого співтовариства вищого порядку, заснованого на повноправності народу, отримали в працях Джона Локка, Жан-Жака Руссо, їх прихильників і послідовників, борців за республіку і демократичні конституції.

Так, лідер англійських левеллерів Джон Лільберн (1614-1657) відстоював ідеали республіки, виборчих прав, природних прав: свободи слова, совісті, петицій, торгівлі, рівності перед законом і судом, інші цінності, на яких конструюється система громадянського суспільства.

Найповніше концепцію природного права як основи громадянського суспільства виклав у своїх працях, зокрема, у роботі «Два трактати про правління» Джон Локк (1632-1704) — ідеолог соціального компромісу та участі вільної особистості у владі. Права і свободи людини він розглядає як умова свободи у взаєминах і діях, у розпорядженні власністю і у взаємодії з владою. Держава ж, гарантуючи ці права, не може на них зазіхати. Існування таких прав обмежує владу держави. Бо сама влада тримається на згоді і довірі суспільства, будучи виборною і представницькою²²⁹.

Таким чином, гуманістичні цінності свободи, рівності, власності незалежно від держави, стверджували ліберальні трактування природних прав людини і формували основні принципи громадянського суспільства. Соціальні та моральні ідеали теорії природного права і принципи гармонії і справедливості епохи Просвітництва доповнювали один одного, набуваючи універсального характеру, крок за кроком створюючи цілісний концепт «громадянське суспільство».

²²⁹ Локк Дж. Два трактата о правлении // Дж. Локк // Соч. в 3 т. — Т.3. — М.: Мысль, 1988. — С. 91-406.

Так, Християн Томазі (1655-1728) виступав проти втручання держави в духовну свободу особистості і свободу переконань, в особисте життя людей, вважаючи, що тільки таким шляхом можна створити шире і щасливе людське співтовариство.

Жан-Жак Руссо (1712-1778) створення асоціації рівних і вільних індивідів виводив з суспільного договору, у результаті якого людина знаходить громадянські права і свободи, а народний суверенітет стає головним принципом республіканського устрою. Народний суверенітет виступає як невідчужуваний і неподільний, забезпечуючи верховенство народу, народовладдя²³⁰.

Чимало з цих ідей відтворювалися в працях творців соціалістичних і комуністичних теорій XVIII століття, таких, як: Жан Мельє (1664-1729), Габріель Бонно де Маблі (1709-1785), Леже-Марі Деман (1716-1774), Сільвен Марешаль (1750- 1803), вони ідеалізували природний стан суспільства як золоті часи в історії людства і боролись за общинний, бездержавний лад, заснований на моральній єдності і простоті життя людей.

Французька революція 1789-1794 років перевела багато постулатів у практичну площину, поставивши на порядку денного питання конституційного закріплення прав і свобод людини і чіткої регламентації взаємовідносин суспільства і держави, вимагаючи більшого балансування між ними. Ідеали республіканської форми правління, народного суверенітету, захисту прав людини отримали широке розповсюдження не тільки як теоретичні роздуми, але й як настанова до практичних дій і знаходили підтримку і розуміння в різних країнах і на різних континентах.

Однак у прагненні сконструювати якусь ідеальну державу або абсолютно моральне суспільство, які гарантували б благоденство всім громадянам, нерідко проявлялося нерозуміння специфіки держави і суспільства, фактичне їх ототожнення.

Принципову різницю між цими феноменами переконливо показав Георг Вільгельм Фрідріх Гегель (1770-1831) у своїй фундаментальній праці «Філософія права», що вийшла в 1826 році.

Гегель розкрив сутність громадянського суспільства як сфери реалізації специфічних, приватних цілей і інтересів особистості.

²³⁰ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре /Ж. — Ж. Руссо. — М.: Канон-Пресс, 1998. — С. 416.

Він не вважає його повністю вільним через існування протиріч і зіткнень інтересів конкретних індивідів. Однак саме розвиток такого суспільства диктує потребу перетворення держави на правову та її співпрацю з громадянським суспільством.

Така співпраця, в свою чергу, забезпечує вдосконалення всіх складових елементів самого громадянського суспільства: субстанціонального, промислового, загального, а також усіх його підсистем — потреб, правосуддя, корпорацій ²³¹.

Подібне бачення сутності громадянського суспільства закріпилося в ліберальних концепціях XIX століття, що пропагували активізацію особистості, гарантії недоторканності сфери приватної життєдіяльності людини, поєднання загального блага із задоволенням приватних інтересів та інші важливі ідеї, в яких формулювалося розуміння можливості об'єднати особисту задоволеність із загальною корисністю і моральністю. Саме таким уявлявся шлях демократизації і держави, і суспільства.

На подібних фундаментальних основах будувалися концепції Єремії Бентама (1748-1832), Джона Остіна (1790-1859), Джона Стюарта Мілля (1806-1873), Бенжамена Анрі Констана де Ребека (1767-1830), Алексіса де Токвіля (1805-1859) і ряду інших теоретиків лібералізму.

Людина з її правами і свободами, розвинені структури самоврядування стояли в центрі соціального устрою, який відстоювали Михайло Драгоманов (1841-1895), Іван Франко (1856-1916) та інші представники української політико-правової думки.

Інтерес представляє те, що в новітній час не тільки світські, але й теологічні підходи відроджували ідеї природного права. Так, католицький філософ Жак Марітен (1882-1973) у роботі «Людина і держава» відстоював природні права людини, якими він володіє в силу причетності божественного розуму. Він підкреслював важливість корпоративної реорганізації економіки та розвитку персональної демократії, яка затверджує цінність особистості і загальне благо.

За своєю суттю демократія розцінювалася як універсальна умова оптимізації функціонування суспільства, вільного розви-

²³¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. — М.: Мысль, 1990. — С. 524.

ку особистості. Свобода особистості в організації власного життя розглядалася як найважливіша цінність. Держава ж гарантує цю свободу і створює умови для самовдосконалення суспільства. Тобто, створюється демократичний правовий механізм взаємодії держави і суспільства.

За таких умов важливо не допустити надмірної централізації державної влади. Але не менш істотні й певні межі народного суверенітету, верховенства народу. Також значимо поєднувати індивідуалізм зі стимулами до спільних дій, тому що тільки єдність забезпечує свободу.

Усвідомлення суперечливості ряду положень ліберальних концепцій знайшли відображення в поглядах Герберта Спенсера (1820-1903), зокрема в його роботах «Індивід проти держави», «Особистість і держава». Він засуджував державне втручання в суспільні відносини під приводом поліпшення умов життя, вітав створення такого інституту громадянського суспільства, як профспілки, захищав права людини, але завжди підкреслював, що вони не можуть порушувати прав інших індивідів.

Нерідко теоретики намагалися однозначно трактувати дилему «держава-суспільство», абсолютизуючи один або інший її доданок. Так, у марксизмі класова пролетарська держава розцінювалася як єдиний гарант прав, свобод, потреб та інтересів кожного. А в анархізм переоцінювалася свобода індивіда, тоді як держава сприймалося тільки як інститут насильства і неправомірних обмежень для членів суспільства.

Певною альтернативою виступали пошуки моделей соціальної солідарності, здатної забезпечувати соціальне партнерство, погоджувати інтереси в суспільстві, досягати компромісу. Серед таких можна розглядати ідеї солідаризму Леона Дюгі (1859-1928) або пошуки універсальної формули права Льва Йосиповича Петражицького (1867-1931).

Соціальні катаклізми ХХ століття — революції, світові війни, існування тоталітарних режимів — активізували теоретичні вишукування з проблем громадянського суспільства, поставивши до порядку денного питання реального захисту прав і свобод людини, оптимізації взаємодії суспільства і держави.

Усе це прискорило і поглибило розробку сучасних концепцій громадянського суспільства, що базуються на ідеях узгодження ін-

дивідуальних, групових і публічних, суспільних інтересів. Адже основна соціальна функція громадянського суспільства полягає в реалізації цінностей життя соціуму, забезпеченні політичних, громадянських, економічних, соціальних свобод, створенні комфортних суспільних і природних умов життя і діяльності людини.

Якоюсь ідеальною моделлю, в рамках якої можна здійснити всі ці цілі, представлялася концепція «держави загального благоденства», яка утвердилась в 50-60 роки XX століття. Її творцями виступили Дж. Кейнс, Дж. Гелбрейт, Д. Белл, К. Мюрдаль. Вони відстоювали положення про розширення народного контролю та демократизації усього політичного життя, про участь громадян у розподілі всіх соціальних благ, про досягнення гармонії на основі задоволення інтересів різних соціальних груп та інші ідеї, значимі для розуміння сутності дефініцій «правова соціальна держава» і «громадянське суспільство».

Творці такої концепції, зокрема, Карл Гуннар Мюрдаль (1898-1987), були впевнені, що ця модель отримає статус моделі світового порядку, вийде за рамки національних держав, бо вимагає не тільки спільних зусиль конкретного суспільства і держави, а й участі всього світового співтовариства.

Представлений аналіз еволюції сутності концепту «громадянське суспільство» свідчить про те, що процес формування та розвитку громадянського суспільства дуже складний і за структурою, і за змістом. При цьому, по-перше, він досить динамічний; по-друге, володіє як національною специфікою, так і загальними закономірностями; по-третє, він багатоплановий, охоплює політику, право, культуру, свідомість, мораль; по-четверте, він включає інституційну, процесуальну та нормативну сфери.

Сучасні трактування громадянського суспільства як сфери спонтанного самовираження вільних індивідів, асоціацій та організацій громадян як добровільно сформованих і захищених законом від прямого втручання і довільної регламентації з боку державної влади, дозволяють розглядати його як основу вдосконалення суспільних відносин, демократизації держави, вільного розвитку особистості. Це своєрідна форма структуризації і узгодження інтересів усередині суспільства і між суспільством і державою.

Політичним базисом громадянського суспільства виступає політичний, економічний, ідеологічний плюралізм, які забезпечують свободу вибору і механізм правових гарантій такого вибору.

Економічною основою є різні форми власності та ринкові відносини, стимулюючи особисту ініціативу. У методологічному плані все це характеризує процес розвитку громадянського суспільства як багатофакторний, вимагаючи виявлення оптимальних тенденцій і напрямків його вдосконалення.

Розглядаючи громадянське суспільство як систему з поліфункціональністю її елементів, важливим видається формування моделі поведінки даної системи, заснованої на консенсусі прав і обов'язків, добровільності та санкціях, індивідуального і колективного. У свою чергу, це вимагає подальшої інституціалізації форм представництва інтересів, удосконалення механізмів взаємодії елементів системи, адаптації її до мінливих умов.

Принцип стримувань і противаг робить таку систему ефективною, досить стабільною і, разом з тим, такою, що динамічно розвивається. Чіткий розподіл ролей і фіксація функціональних полів усіх складових елементів системи громадянського суспільства забезпечує взаємний контроль та оперативне реагування на можливі зміни, що порушують органічну цілісність і становлять загрозу гармонізації стосунків у рамках системи. Це створює сприятливі умови розвитку конструктивного співробітництва та встановлює певний баланс інтересів у рамках самої системи між усіма суб'єктами, включаючи новостворювані. Регулювання такого механізму партнерства і співробітництва здійснюється нормами права, моралі, етики, що робить його досить дієвим і впливає на поведінку, свідомість, культуру, інші сфери життєдіяльності суспільства. Конструктивізм, що характеризує подібну модель взаємодії, стабілізує систему громадянського суспільства в цілому.

Аналогічним чином, тобто на основі дії механізму соціального партнерства, шукуються також зв'язки і відносини між громадянським суспільством і сучасною державою, яка набуває характеру правової, соціально орієнтованої. Таким чином підвищується активність і відповідальність сторін у процесі агрегації різних інтересів і встановлення прямих зв'язків і взаємодії державної та недержавної сфер. Добровільність і відповідальність як основа

функціонування даного механізму зумовлюють більшу його ефективність.

Соціальне партнерство зводить до мінімуму бюрократичні процедури і адміністративний примус, тому що базується на усвідомленості, довірі, зацікавленості з боку суб'єктів, що репрезентують інтереси як держави, так і громадянського суспільства. Домовленості ж, скріплені нормативно, підвищують оперативність дій та їх результативність.

Прозорість і контрольованість суспільством механізму соціального партнерства демократизує практику суспільно-державного розвитку в усіх її сферах і напрямках, знижуючи рівень конфліктності і забезпечуючи соціальний прогрес.

З методологічної точки зору, це шлях до створення перспективної моделі відносин на сучасному етапі розвитку, що передбачає нові інституціональні форми вираження інтересів, удосконалення нормативного регулювання їхніх взаємин, а також розвиток сучасних демократичних процедур їх взаємодії.

Форма соціального партнерства дозволяє широко впроваджувати в практику метод діалогу для досягнення компромісу, а в ідеалі — консенсусу соціально значущих проблем, що належать і до внутрішнього, і до зовнішнього середовища існування соціуму і носять як об'єктивний, так і суб'єктивний характер.

Ще один важливий методологічний аспект аналізу процесу формування та розвитку громадянського суспільства пов'язаний з вивченням різних факторів впливу на нього, які визначають необхідність адаптації до реальних умов існування і можливості перспективного розвитку.

Безумовно, це досить широкий комплекс, що включає традиції та реалії, стан економіки, культури та свідомості суспільства; вимагає розглядати характер політичного режиму, систему управління, тип еліти, внутрішню і геополітичну ситуацію і багато інших важливих параметрів життєдіяльності суспільства, а також їх трансформацію. Але при цьому в методологічному аспекті пріоритетними виступатимуть чинники поглиблення демократизації, розширення участі та підвищення спільної відповідальності за якість життя людини, що повною мірою уособлює призначення системи громадянського суспільства.

Індекс людського розвитку, що відображає задоволеність позитивними змінами, які відбуваються в житті суспільства, виступатиме критерієм оцінки ступеня досконалості системи громадянського суспільства, здатного максимально забезпечувати представництво інтересів.

Перспективи розвитку громадянського суспільства безпосередньо пов'язані з усвідомленням елітою і всім соціумом потреби в такій системі ефективної реалізації суспільних потреб.

Правова база, хоча і не гарантує подібні трансформації, однак сприяє створенню належних умов динамічного розвитку громадянського суспільства. Тому вдосконалення конституційних норм і принципів, адаптацію національного законодавства до міжнародних стандартів у сфері демократизації суспільного життя слід розглядати як впливовий чинник поліпшення сучасного стану громадянського суспільства та розробки позитивних стратегій його розвитку.

Разом з тим тільки зміна соціально-політичних і соціально-економічних реалій здатна дієво вплинути на темпи і масштаби даного процесу. Адже недостатній рівень і якість життя породжують патерналізм, стримуючи громадянську ініціативу та активність. Тому тенденція стійкого динамічного розвитку має спиратися на комплекс заходів правового, економічного, політичного характеру.

Також важливими є демократичні духовні та культурні традиції, що сприяють активній самореалізації різних суспільних суб'єктів, що формують правову культуру і правову свідомість, без яких функціонування громадянського суспільства неможливе.

У методологічному аспекті значущим є створення сучасної моделі громадянського суспільства та його взаємодії з державою, яка гарантує дотримання і захист прав і свобод, ефективність системи функціонального представництва інтересів, рівні можливості просування цих інтересів. Подібна соціально-правова модель включає механізми, засновані на демократичних інститутах, нормах і процедурах, що забезпечує оптимізацію та узгодження інтересів і потреб усіх суб'єктів, сприяє подальшому розвитку громадянського суспільства, удосконалює демократію.

При цьому пріоритетними є принципи гуманізму, права і справедливості, активності в самовдосконаленні та самореалізації,

творчої наступності традицій, адаптації запозиченого досвіду до національної специфіки, гармонії і реалізму, адекватності існуючим можливостям і ресурсам.

Представлена модель забезпечить дієвість і результативність руху на шляху розвитку громадянського суспільства. Також вона послужить основою для ефективної співпраці громадянського суспільства та правової держави, забезпечуючи динаміку і прогрес у всіх сферах життєдіяльності суспільства.

2.4. ЛІТЕРАТУРНИЙ МЕТОД У МЕТОДОЛОГІЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Сучасний етап розвитку науки характеризується тенденцією інтеграції наукового знання різних галузей і зростання інтересу до міждисциплінарних досліджень. Зокрема, юридична наука знаходиться в таких умовах, коли право і держава як складний об'єкт її прикладання, дослідження і розвитку зазнає змін, які зумовлюють появу нових сфер юриспруденції²³².

Застосування нових методів для досягнення правового життя іноді тягне за собою звинувачення у змішуванні юриспруденції з іншими галузями знань — політологією, психологією, філософією. Однак соціальне життя є настільки складним, що не існує правових феноменів у «чистому» їх вигляді, є лише приписування деяким соціальним явищам, подіям і процесам властивості «бути правовими». Функціонування самої системи права відбувається через означування, коли екстраправові фактори перетворюються на юридичні явища. Таким чином, правова реальність — це не окрема (в емпірико-наочному сенсі) сфера суспільства, а зріз, сторона, аспект соціальності, який виникає при позначенні тих чи інших соціальних зв'язків та інтеракцій як правових. Правова реальність є багатогранним, невичерпним феноменом, який неможливо повністю описати і пояснити в один несуперечливий спосіб²³³.

²³² Общетеоретическая юриспруденция. Учебный курс : учеб. / под ред. Ю.Н. Оборотова. — О. : Фенікс, 2011. — С. 5.

²³³ Честнов И.Л. Имеет ли право на существование постклассическая юриспруденция? / И.Л. Честнов // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2012. — № 5. — С. 16.

Міждисциплінарність на сьогодні є основним постачальником нового знання, оскільки нова наукова гіпотеза не може виникнути «всередині» існуючого знання. Наукову новизну «забезпечує» метафоричне перенесення знань з однієї галузі до іншої. Це дає можливість подивитися на старі проблеми у новому світлі²³⁴. Використання міждисциплінарного підходу дозволяє подолати високий рівень догматизації, характерний для вітчизняної юридичної науки. За рахунок привнесення нових тем, проблем, питань, концепцій, понять може бути забезпечено розвиток правової та державної сфер²³⁵.

Одним із нових напрямів юриспруденції є дослідження на стику **права і художньої літератури**. Такі дослідження **передбачають** запозичення методів теорії літератури для вивчення правових і державних явищ. В українській і російській юридичній літературі питання взаємозв'язку права і літератури є **мало вивченим, а виокремлення цієї сфери міждисциплінарних досліджень є предметом дискусій**.

Відомо, що право і мистецтво (включаючи художню літературу) є невід'ємними складовими культури. Право як складова культури забезпечує інтеграцію індивіда у соціальне ціле, воно є втіленням накопиченого соціального (правового) досвіду, а форма права визначається формами культури, в якій право існує²³⁶.

Особливу роль в культурі відіграє мистецтво, яке володіє величезним різноманіттям засобів зображення та інтерпретації життя суспільства, у тому числі і правового. Художню літературу, кінематограф, живопис, скульптуру та інші сфери мистецтва можна віднести до джерел знань про правове життя суспільства, а також до числа факторів, які впливають на його перебіг.

Таким чином, твори мистецтва — це своєрідне відображення життя, яке подає автор, пропускаючи його через власне світовідчуття, світорозуміння і життєвий досвід. Тому їх не можна

²³⁴ Честнов И.Л. Вказ. твір. — С. 19.

²³⁵ Общетеоретическая юриспруденция. Учебный курс : учеб. / под ред. Ю.Н. Оборотова. — О. : Фенікс, 2011. — С. 9.

²³⁶ Поляков А.В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций / А.В. Поляков. — 2-е изд., доп. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — С. 450.

розглядати окремо як від соціальних, політичних, правових явищ, існуючих у суспільстві, так і від життєвого шляху самого творця. Автор не може бути вільним від тих ідей і тієї дійсності, в якій він існує, а також ідей про право і державу, від того юридичного буття, яке його оточує.

Зв'язок права і художньої літератури зумовлюється не тільки їхнім взаємним впливом одне на одного, але і схожістю їх знакового вираження — вираження за допомогою слів. Д. Валадес зазначає, що найглибший зв'язок між правом і мистецтвами здійснюється саме через художню літературу, адже зв'язок права і літератури встановлюється через слова²³⁷. Й. Кенджи у статті «Місто і поет» доходить висновку, що напрям «право і література» виявився більш життєздатним, ніж, наприклад, «право і математика», тому що право — механізм, який складається зі слів, а не чисел²³⁸.

У зарубіжній науці інтерес до досліджень взаємозв'язку права і літератури почав зароджуватись у другій половині ХХ ст. і призвів до формування окремої міждисциплінарної галузі знань під назвою «право і література». Більшість учених називають Джеймса Бойда Уайта засновником цього напрямку. Серед його книг найвідомішою є **«Правова уява», яку прийнято вважати першою у цій науковій галузі**. Її було опубліковано в 1973 р. У ній було порушено питання відношення правового тексту до літературного аналізу та літературного тексту до правових питань, що в ньому розглядаються.

У межах сфери «право і література» сформувалися дві гілки — «право в літературі» і «право як література». Виникнення цих гілок не було випадковим, причини їх зародження і розвитку започатковані у самій історії розвитку права. Виникненню першої гілки сприяли міркування в наукових колах із приводу того, чи може право бути ізольованою системою чи має розглядатися в культурному, філософському, соціальному контекстах. Гілка «право як література» сформувалася в результаті зростаючого інтересу

²³⁷ Валадес Д. Язык права и право языка. Речь, прочитанная при вступлении в Мексиканскую Академию языка 25 августа 2005 года / Диего Валадес. — М. : Идея-Пресс, 2008. — С. 19.

²³⁸ Kenji Y. The city and the poet / Yoshino Kenji // The Yale Law Journal. — 2005. — Vol. 114. — P. 1838.

до безлічі значень тексту, у тому числі правового та літературного. Представники першої гілки вивчають відображення правового життя суспільства в літературі, а прихильники другої — розглядають правові тексти як твори літератури і застосовують у роботі із цими текстами методи літературної інтерпретації, аналізу і критики. Я. Уорд у книзі «Право і література: можливості і перспективи» зазначає, що хоча обидві ці гілки і мають право на існування і є достатньо ефективними, далеко не завжди є можливість чітко розмежувати їх, що насправді не так вже й необхідно. Існує між ними взаємодоповнююче відношення — це факт, який, як правило, приймає більшість учених цього напрямку²³⁹.

Серед відомих праць у рамках напрямку «право і література» можна назвати такі: Дж. Б. Уайт «Правова уява» (1985), «Право як мова: читаючи право і читаючи літературу» (1982), «Коли слова втрачають своє значення» (1984), «Правосуддя як переклад» (1990), «Гераклів лук: есе про риторику і поетику права» (1985), Р. Дворкін «Право як інтерпретація» (1982), «Як право є подібним до літератури» (1985), Б. Кардозо «Право і література» (1925), Р. Уейсберг «Текст в теорії: літературний підхід до Конституції» (1986), «Неспроможність слова» (1984), «Поетика: та інші стратегії «права і літератури» (1992), Р. Уейсберг «Право-літературний ризикований проект» (1988), Р. Уест «Наратив, влада і право» (1993), «Економічний чоловік і літературна жінка: досвід одного порівняння» (1988), С. Данлоп «Вивчення художньої літератури у вищій юридичній школі» (1991), І. Хільдебранд «Джейн Остен і право» (1982), Дж. Хорнсбі «Чосер і право» (1988), Р. Познер «Право і література: співвідношення, яке не зрозуміли» (1988) тощо²⁴⁰.

²³⁹ Ward I. Law and Literature: Possibilities and Perspectives / I. Ward.- New York : Cambridge University Press, 2008. — P. 3.

²⁴⁰ Див.: White J.B. The Legal Imagination / J.B. White. — Chicago : The University of Chicago Press, 1985. — 334 p.; White J.B. Law as language: Reading Law and Reading Literature / J.B. White // Texas Law Review. — 1982. — Vol. 60. — P. 415-445; White J.B. Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism / J.B. White. — Chicago : The University of Chicago Press, Chicago and London, 1990. — 332 p.; White J.B. Heracles' bow: essays on the rhetoric and poetics of the law / J. B. White. — Madison : University of Wisconsin Press, 1985. — 251 p.; White J.B. When Words Lose Their Meaning / J.B. White. — Chicago : The University of Chicago Press, Chicago and London, 1984. — 394 p.; Dworkin R.

Уже за назвами перерахованих робіт можна зробити висновок про різноманіття напрямків наукового пошуку в рамках літературно-правового вчення. Необхідно відзначити також, що зусиллями професорсько-викладацького складу школи права ім. Кардозо, яка існує при Університеті Ієшива, тричі на рік (березень, липень, листопад) видається журнал «Право і література».

Таким чином, окремий напрям досліджень, присвячений зв'язку права і художньої літератури, виник на Заході. Однак не можна не відзначити, що питання відображення в літературній творчості правових і державних явищ розглядалося російськими юристами ще в XIX ст. Так, А. Ф. Коні на зібранні Юридичного товариства у Санкт-Петербурзькому університеті у промові на смерть Ф. М. Достоевського 2-го лютого 1881 р. підкреслив вірність відображення у творах письменника спеціальних питань кримінального розслідування: розмежування різних видів убивств, вживання запобіжних заходів, спробу визначення злочину і покарання, роль власної свідомості у скоєнні злочину. А. Ф. Коні провів паралелі між колізіями творів Достоевського та відповідними параграфами Уложення про покарання та Уставу кримінального судочинства, відзначив яскравість цих паралелей і назвав письменника

Law as Interpretation / R. Dworkin//Critical Inquiry.- 1982. — Vol. 9. — No. 1, The Politics of Interpretation. — P. 179-200; Cardozo B.N. Law and Literature / B.N. Cardozo // Yale Law Journal. — 1925. — Vol. 14. — P. 699-718; Weisberg R. Text into Theory: A Literary Approach to the Constitution / R. Weisberg // Georgia Law Review. — 1986. — Vol. 20. — P. 946-979; Weisberg R. The failure of the word: the protagonist as lawyer in modern fiction / R. Weisberg. — New Haven : Yale University Press, 1984. — 218 p.; Weisberg R. Poethics, and other strategies of law and literature / R. Weisberg. — New Work : Columbia University Press, 1992. — 312 p.; Weisberg R. The Law-Literature Enterprise / R. Weisberg // Yale Journal of Law and the Humanities. — 1988. — Vol. 1. — P. 1-67; West R. Narrative, Authority, and Law / R. West. — Lansing : University of Michigan Press, 1993. — 439 p.; West R. Economic Man and Literary Woman : One Contrast / R. West // Mercer Law Review. — 1988. — Vol. 39. — P. 867-878; Dunlop C.R.B. Literature Studies in Law Schools / C. R. B. Dunlop // Cardozo Studies in Law and Literature. — 1991. — Vol. 3. — No. 1. — P. 63-110; Hildebrand E. Jane Austen and the Law / E. Hildebrand // Persuasions. — 1982. — Vol. 4. — P. 34-41; Hornsby J. Chaucer and the Law / J. Hornsby. — Healdsburg : Pilgrim Books, 1988. — 180 p.; Posner R.A. Law and Literature: A Misunderstood Relation / R.A. Posner. — Cambridge : Harvard University Press, 1988. — 371 p.

глашатаєм неминучості²⁴¹ «переходу нашого суду від застарілих форм до нових»²⁴².

Уже в теперішній час (у 2004 р.) у Москві в Національному дослідному університеті «Вища школа економіки» для факультету права було розроблено програму спецкурсу під назвою «Юридичні сюжети у світовій літературі». Для вивчення в рамках цього курсу запропоновано твори таких авторів, як О. С. Пушкін, М. В. Гоголь, Ф. М. Достоевський, А. П. Чехов, Е. По, В. Шекспір та ін.

У Російській Федерації існують дослідження, в яких ідеться про відображення явищ правового і державного життя у творах конкретних письменників. Деякі із цих робіт буде наведено по тексту цього дослідження, і слід зазначити, що скоріше їх можна віднести до гілки «право в літературі».

Примітно, що ще задовго до виникнення напряму «право і література» у 1895 р. відомим юристом і видавцем Я. А. Канторовичем у Санкт-Петербурзі в серії «Юридична бібліотека» було випущено книгу німецького професора Йозефа Колера (1848 — 1919) «Шекспір із точки зору права», яку, безумовно, можна віднести до досліджень права в літературі.

Робота складається з двох глав, присвячених юридичному аналізу творів В. Шекспіра — «Венеціанський купець» і «Гамлет». У німецькому виданні цієї книги була третя глава, в якій розглядалися правові ідеї в комедіях Шекспіра, але в російському виданні її було випущено. У 2006 р. цю книгу було перевидано.

У першій главі на прикладі судового спору, який виник між героями «Венеціанського купця» — лихварем Шейлоком і купцем Антоніо з приводу вексельного боргу останнього і його забезпечення — «неустойки» у вигляді фунта м'яса з тіла боржника, Й. Колер розглядає дві проблеми. Перша — про межі суддівського розсуду при винесенні судового рішення. Друга ж стосується співвідношення особистого та майнового елементів у відповідальності за порушення зобов'язання.

²⁴¹ Жаров В.А. Ф.М. Достоевский и философия права 1860-х годов : автореф. дисс. на соискание науч. степ. канд. филол. наук ; спец. : 10.01.01. — русская литература / В.А. Жаров. — Тверь, 2003. -С. 18.

²⁴² Кони А.Ф. Собрание сочинений в 8 т. / А.Ф. Кони. — М. : Юрид. лит., 1968. — Т. 6. — С. 419.

У другій главі професор Колер звертається до вивчення проблеми кровної помсти, яка пов'язана з попередніми: кровна помста і стародавня договірна відповідальність мають єдиний історичний корінь — право панування потерпілого над особою заподіювача. І якщо у галузі договірної відповідальності ця ідея еволюціонувала в бік звуження сфери особистого панування і заміни речової влади у майновій сфері домаганнями зобов'язальними, то ідея кровної помсти — права родичів убитого розпоряджатися життям злочинця — з плином часу трансформувалася в ідею судового притягнення до публічно-правової відповідальності, в ідею системи судочинства, яке здійснюється публічною владою.

Таким чином, центральна ідея всього колерівського «Шекспіра...» — це демонстрація змін, які відбуваються у правовому житті народів під впливом гуманістичних ідей, і можливість «відгуку» судової влади на подібні ідеї, тобто це ставлення суспільства до закону, який «не встигає» за рівнем його морально-духовного розвитку і, хоча і залишається формально діючим, змістовно цьому рівню не відповідає, через що не знаходить у своєму застосуванні суспільного розуміння²⁴³.

Таким чином, літературні твори відображають середовище і готують не тільки політичні, але й правові зміни. На теперішній час в літературній тематиці юридичного характеру перевага надається питанням, які можна назвати «мікроправом» (невиконання обов'язків; корупція; збагачення); набагато менше уваги приділяється «макроправу» (політичні системи, публічні свободи), до якого часто зверталися, коли занепокоєння викликала, насамперед, постать тирана і диктатора, коли репресивна держава знучалася над суспільством²⁴⁴.

Якщо у книзі Й. Колера розглянуто питання «мікроправа», відображені у творах Шекспіра, то випущена в 1977 р. монографія В. П. Комарової «Особистість і держава в історичних драмах Шекспіра» стосується «макроправа». Слід сказати, що ав-

²⁴³ Колер Й. Шекспир с точки зрения права (Шейлок и Гамлет) / Йозеф Колер ; автор комм. Р. Бевзенко. — 2-е изд. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — С. VI-VIII.

²⁴⁴ Валадес Д. Язык права и право языка. Речь, прочитанная при вступлении в Мексиканскую Академию языка 25 августа 2005 года / Диего Валадес. — М. : Идея-Пресс, 2008. — С. 20.

тор не аналізує події, зображені Шекспіром, із точки зору права, її дослідження висвітлює скоріше історичний, політичний, філософський, етичний аспекти конфлікту між особистістю і державною владою. У монографії порушуються такі питання: боротьба за владу і громадянські чвари в трилогії «Король Генріх VI», проблема тиранії у трагедії «Ричард III», закон і насилля в житті держави, правитель і державна необхідність («Король Генріх IV»), змова і державний переворот у трагедії «Юлій Цезар», історичний герой і державна влада («Коріолан»)²⁴⁵.

Творчість Шекспіра як найвидатнішого драматурга — одна з найдосліджуваних, оскільки теми, порушені у його творах, є настільки різноманітними, що становлять значний інтерес для вчених різних напрямів, у тому числі і юристів. В історії світової художньої літератури є ще одна постать, чиї твори є джерелом ідей, цінних для дослідників різного спрямування, але особливо важливих саме для правників. Ф.М. Достоевський — один із тих письменників, у творах яких правова і державна тематика найбільш явно дає про себе знати навіть читачам, не пов'язаним з юриспруденцією. Мабуть, тому його твори частіше за все піддаються юридичному аналізу. Ось приклади тільки деяких таких досліджень.

У дисертації «Дискурс права в творчості Ф. М. Достоевського 1846-1862 рр.» О. Ю. Сафронова зазначає, що подібні дослідження на стику юриспруденції та літературознавства, зокрема, правового дискурсу російської літератури, є нечисленними, хоча активний інтерес російських письменників до юридичної проблематики можна прослідкувати протягом усього розвитку російської словесності. О. М. Радищев, О.С. Пушкін, М.П. Погодін, М. В. Гоголь, Ф. М. Достоевський, М.Є. Салтиков-Шчедрін, В. М. Гаршин, В. Г. Короленко, А. П. Чехов, Л.М. Толстой та інші автори приділяли особливу увагу сучасним для них проблемам юриспруденції і правового устрою суспільства не тільки у своїй творчості, але й у громадській діяльності.

²⁴⁵ Комарова В.П. Личность и государство в исторических драмах Шекспира и его современников : автореф. дисс. на соискание науч. степ. д-ра филол. наук ; спец. : 10.01.05 — Литературы народов Европы, Америки и Австралии / В.П. Комарова. — Л., 1973. — С. 34.

На думку О. Ю. Сафронової, в історії російської культури є епохи, коли в суспільстві стає особливо актуальним безпосередній зв'язок літератури і права. Така ситуація спостерігалася, наприклад, у середині XIX ст. і була зумовлена підготовкою і проведенням судової реформи 1864 р. Ситуація культурного вибуху у першій половині XIX ст. призвела до безпосередньої близькості літератури і права, що мало прояв у юридизації мислення. Позалітературні фактори (криза правових норм, докорінні зміни в юридичній системі) формували нову літературну ситуацію, сприяючи зміні романтизму на реалізм, підвищенню цікавості до злочинця і злочину в художній творчості. Будучи духовно ідентичним часу, Достоевський не міг залишатися осторонь процесу перетворення життя і формування нової людини. Паралельно активізації обговорення правових питань у суспільстві напередодні судової реформи в його творчості спостерігається збільшення ролі кримінально-судової проблематики в структурі творів²⁴⁶.

Багато хто з дослідників приділяє увагу окремим художнім творам Ф.М. Достоевського, пов'язаним з юридичною проблематикою. Так, В.І. Хайруллін у статті «Справедливе суспільство або «утопізм» Достоевського» аналізує «Записки з Мертвого будинку», в яких уперше в творчості письменника досліджується психологія злочинця, а також порушуються питання щодо причин злочину. Цінність твору полягає у тому, що він є першим за часом появи у друку твором, присвяченим каторзі, в якому прослідковується динаміка розвитку пенітенціарних установ, надається можливість спостерігати психологію поведінки в'язнів²⁴⁷.

І.В. Дніпровська присвячує статті «Правова реальність як екзистенціальна комунікація у філософії Ф. М. Достоевського» і «Російське правосуддя на сторінках «Щоденника письменника» Ф. М. Достоевського» відображенням у творах письменника питанням відповідності нормативної природи права екзистенціальній глибині особистості і визначення у зв'язку із цим меж правового

²⁴⁶ Сафронова Е.Ю. Дискурс права в творчестве Ф.М. Достоевского 1846-1862 гг. : дисс. ... кандидата филолог. наук : 10.01.01 / Сафронова Е.Ю. — Барнаул, 2006. — С. 4-5.

²⁴⁷ Хайруллин В.И. Справедливое общество или «утопизм» Достоевского / В.И. Хайруллин // Государство и право. — 2004. — № 8. — С. 100-101.

буття людини, виявлення духовних сенсів правової поведінки та метафізичних підстав злочину²⁴⁸.

Можна назвати ще деякі дослідження, присвячені аналізу творчості Достоевського з точки зору права: статті А. В. Наумова «Проблеми кримінального права і правосуддя у творчості Ф. М. Достоевського»²⁴⁹, «Проблема революційного екстремізму і тероризму в романі Ф.М. Достоевського «Біси»»²⁵⁰, стаття В. А. Бачиніна «Влада і злочин в політичній кримінології Достоевського»²⁵¹ та ін.

Використання художньої літератури для досягнення права не обмежується тільки пошуком правових та державних ідей в літературі. Між художньою літературою і правом існують взаємний вплив і взаємне відображення. Не тільки у творах художньої літератури відображуються явища правового і державного життя (як це було проілюстровано вище), але й у правовій культурі, правосвідомості відбиваються образи, цінності, установки з художніх творів.

Питанню впливу художньої літератури на правосвідомість радянських громадян присвячено дисертаційне дослідження Г. А. Нейстат «Формування правосвідомості і художня література в радянській Росії 1917-1929 рр. (Кримінально-правовий і кримінально-процесуальний аспект)». Автор зазначає, що серед багатьох робіт, присвячених різноманітним аспектам проблеми правосвідомості, немає жодного дослідження, в якому розглядалися б питання взаємозв'язку, взаємовпливу літератури і правосвідомості. Тому основною метою своєї роботи вона вбачає аналіз теоретичних і практичних аспектів проблеми формування правосвідомості і ролі у цьому процесі художньої літератури.

²⁴⁸ Днепроvская И.В. Правовая реальность как экзистенциальная коммуникация в философии Ф.М. Достоевского / И.В. Днепроvская // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2008. — № 1. — С. 176.

²⁴⁹ Наумов А.В. Проблемы уголовного права и правосудия в творчестве Ф.М. Достоевского / А.В. Наумов // Российская юстиция. — 2006. — № 11. — С. 54-57.

²⁵⁰ Наумов А. Проблема революционного экстремизма и терроризма в романе Ф.М. Достоевского «Бесы» / А. Наумов // Законность. — 2006. — № 5. — С. 46-50.

²⁵¹ Бачинин В.А. Власть и преступление в политической криминалогии Достоевского / В.А. Бачинин. — Политические исследования. — 2000. — № 5. — С. 155-166.

Аналізуючи західний підхід до питання співвідношення права і літератури, Г. А. Нейстат умовно виокремлює ряд напрямків таких досліджень.

Перший, як називає його автор, — найочевидніший і простий — вивчення літератури на «правові» теми з урахуванням правових знань. Тут право є не юридичною категорією, а однією з традиційних тем світової літератури — подібно до війни, кохання тощо. Частіше за все, зрозуміло, у літературі порушуються правові питання найзагальнішого характеру (тобто ті, що менш за все турбують юристів, однак і тут знання конкретних юридичних реалій епохи або, скажімо, певного регіону, сприяє більш глибокому розумінню тексту). Але є й такі твори, де власне «юридична техніка» служить стрижнем оповіді — наприклад, американський «судовий роман»;

другий, який, по суті, є варіацією першого, досить «утилітарною», — використання літератури як джерела інформації про певні правові інститути минулого;

третій — дослідження детективного жанру, оповідей про злочини, злочинців та злочинність;

четвертий — вивчення значень тексту у праві й літературі. Тут же, зрозуміло, йде мова про значення й особливу роль інтерпретації, коли під виглядом інтерпретації створюється, по суті, новий текст, більше того — нова реальність (явище, яке, на думку вчених, має місце як у літературі, так і в праві). Сюди слід віднести і дослідження, присвячені ролі і значенню фігуративної мови в літературних і правових текстах;

п'ятий — виявлення й аналіз специфічного зв'язку драми і судового процесу. Вчені, зокрема, розмірковують над питанням: чи суд побудований за театральною моделлю, чи навпаки, а можливо, витоки і того, й іншого можна знайти у релігійному ритуалі, і тоді доцільно говорити про очевидну спорідненість;

шостий — коли література постає як об'єкт правового впливу (авторське право, проблема дифамації), а літературні твори — як об'єкти судових спорів (справа доходить навіть до захисту в судовому порядку прав ображених прототипів)²⁵².

²⁵² Нейстат А.А. Формирование правосознания и художественная литература в советской России 1917-1929 гг. (Уголовно-правовой и уголовно-

Питання формування професійної правосвідомості юристів за допомогою художньої літератури аналізується в дисертації О. О. Бодякшиної «Формування образу професії юриста засобами художньої літератури при вивченні іноземної мови у вищій школі». У зв'язку з тим, що професії юриста належить важлива соціальна роль, проектування особистості професіонала у сфері юриспруденції пов'язано не тільки з опануванням професійних знань та вмінь, але також із формуванням ціннісного ставлення до своєї професії, вміння знаходити і засвоювати знання, необхідні для вирішення професійних задач.

Дослідження О. О. Бодякшиної засноване на її експериментальній роботі, здійсненій на базі Волго-В'ятської академії державної служби, Нижньоновгородського державного університету ім. М.І. Лобачевського і Гуманітарного інституту (м. Москва, Нижньоновгородський філіал). Педагогічним експериментом було охоплено 456 студентів факультету державного і муніципального управління, які навчаються за спеціальністю «Юриспруденція».

Авторкою розроблено професійно-релевантні критерії відбору художніх творів для створення образу професії юриста: 1 — професійно-етичний; 2 — термінологічний; 3 — професійно-інструментальний. Професійно-етичний критерій дозволяє відібрати художню літературу, яка відображає етичні норми професії юриста. Термінологічний критерій при відборі художньої літератури визначає вибір термінологічно насичених творів, які розширюють понятійний апарат і професійний тезаурус студента-юриста. Професійно-інструментальний критерій робить доцільним відбір такої літератури, в якій зображується порядок дій і методів юридичної діяльності, що дозволяє аналізувати, яким чином здійснюються ті чи інші юридичні процедури²⁵³.

За цими критеріями було відібрано твори Джона Грішема і розроблено навчально-методичну систему вправ і завдань з домаш-

процессуальный аспект) : дисс.... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Нейстат А.А. — М., 2000. — С. 44-46.

²⁵³ Бодякшина Е.А. Формирование образа профессии юриста средствами художественной литературы при изучении иностранного языка в высшей школе : дисс. ... кандидата пед. Наук : 13.00.08 / Бодякшина Е.А. — Н.-Новгород, 2006. — С. 16.

нього читання «Професія юриста через романи Джона Грішема», яка забезпечує розширення ціннісних орієнтирів професійного становлення спеціаліста, продуктивний обмін професійно-значущими смислами, які сприяють формуванню образу професії юриста.

Викладачам і студентам юридичних вишів і факультетів адресована книга російського дослідника Л. Р. Клебанова «Злочинець і злочин на сторінках художньої літератури», в якій автор говорить про те, що немає жодної галузі права, положення якої відображалися б у художній літературі так само яскраво, як положення кримінального права. Книга покликана допомогти всім, хто цікавиться кримінальним правом, розібратися в деяких цікавих та іноді складних його положеннях, використовуючи приклади з літератури.

Л. Р. Клебанов так обґрунтовує використання художньої літератури у процесі навчання: «Автору, який викладає кримінальне право, іноді доводилося наводити загальні, абстрактні приклади для ілюстрації тих чи інших положень як Загальної, так і Особливої частини Кримінального кодексу. Більшість викладачів погодяться з тим, що приклади в стилі «припустимо, що...», «якби...», «давайте уявимо, що...» тощо не завжди сприяють розумінню викладеного матеріалу, а іноді навіть викликають іронічну посмішку: цього, мовляв, не може бути, це фантастика, в реальному житті такого ніколи не зустрінеш! Ці слова є вірними деякою мірою, оскільки на практиці багато «екзотичних» діянь дійсно зустрічаються дуже рідко чи взагалі є неможливими. Однак це аж ніяк не означає, що якщо ті чи інші злочини не фіксуються кримінальною статистикою та судовою практикою, то вони не можуть вчинятися взагалі. Часом приклади з літератури є єдиним джерелом фактичної інформації, яка допомагає з'ясувати і засвоїти ті чи інші положення кримінального права»²⁵⁴.

Зробивши еккурс в історію вивчення взаємозв'язку права і художньої літератури, уявляється доречним навести декілька прикладів зарубіжних досліджень на предмет виявлення цього взаємозв'язку в конкретних творах.

²⁵⁴ Клебанов Л.Р. Преступник и преступление на страницах художественной литературы / Л.Р. Клебанов. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — С. 144.

Художня література, яка піддається юридичному аналізу, може бути досить різноманітною. У цій роботі немає можливості висвітлити особливості досліджень з точки зору права всіх літературних жанрів, які проаналізовано зарубіжними вченими, та це й не входить в задачі дослідження. Однак навести найяскравіший приклад таких досліджень одного з жанрів художньої літератури видається доречним.

Одним із засобів правового виховання особистості з дитячого віку можна вважати художню літературу, а саме — дитячу художню літературу. У книзі «Право і література: можливості і перспективи» Я. Уорд відводить цілий розділ питанню співвідношення дитячої літератури і правової ідеології.

Художня література формує правосвідомість особистості, починаючи з дитячого віку. Дитяча художня література — це дивовижний приклад того, як письменник може впливати за допомогою ідей, закладених у дитячий твір, на сприйняття дитиною явищ зі світу права. Ідеї порядку, справедливості, морального обов'язку можуть бути проілюстровані за допомогою простих історій і закладені у свідомість дитини, а потім відобразитися у її вчинках і ставленні до інших людей. Письменник своїми творами проектує бачення дитиною певних проблем, ситуацій, підштовхує до правильних висновків. І ці висновки не обов'язково мають бути прямо висловленими у тексті, автор книги може створити у маленького читача враження, що до цих висновків він дійшов самостійно.

Переживання змісту книги дитиною розвивається від простого прийняття моральних абсолютів і чітко структурованих текстів до більш допитливого підходу до змісту книги. Багато в чому у відповідь на зростаючий зв'язок із суспільством дитина стає більш розбірливою в літературі. У процесі дорослішання дитина набуває здатності трактувати й приймати нещасливі закінчення історій.

До трьох років діти скоріше просто сприймають, ніж розуміють. У віці з трьох і приблизно до семи років дитина починає розуміти причини і наслідки, а отже — розуміти історії у їх послідовному розвитку. Дитяча література для цього віку характеризується наявністю елементарних сюжетів, простих моральних абсолютів, зрозумілих, «щасливих» кінцівок. Це пояснюється тим, що на цьо-

му етапі дитина ще не може відрізнити реальність від вигадки, а мораль уявляється певною зовнішньою силою, часто магічною, і звичайно, не такою, якою дитина могла б самостійно управляти.

Між сімома і одинадцятьма роками дитина і, відповідно, дитяча література, яку вона читає, серйозно змінюються. Тексти художніх творів починають зображувати дітей, які використовують свою самостійність і здатні висловлювати моральні судження. І вже у віці з одинадцяти до чотирнадцяти років діти здатні в цілому оцінювати ситуацію. Дитину перестають задовольняти зручні схеми попередньої літератури. Діти вже не просто приймають щось як погане, а щось як хороше, вони починають запитувати, чому певні люди добрі або злі, тому література для цього віку і старше зав'язана на моральних дилемах. Щасливих кінцівок уже не гарантовано. У період цих украй важливих років, коли дитина формується, вона сама збентежена і невпевнена, як використовувати свої дорослі пізнавальні здібності. Література, яку дитина читає, заплутує її. Часто романи зображують небезпеку суспільства, яке знаходиться поза законом, позбавлено нормативних структур. «Книга джунглів» Редьярда Кіплінга і «Повелитель мух» Вільяма Голдінга пропонують вражаючі приклади цієї небезпеки, збентеженості й плутанини. Діти у цьому віці ще не сформувались і є дуже вразливими, більше ніж коли-небудь шукають стабільності, за яку вони зможуть вцепитися. Більша частина літератури, яку вони читають, загострює цю невизначеність, підкреслюючи небезпеку, і в той же час пропонує їм у відносних перевагах права й порядку саме ту стабільність, якої вони шукають²⁵⁵.

Художня література для найменших читачів пропонує повчальні історії про справедливість, добро і зло, неправильні вчинки і відповідальність за них. Як приклад можна розглянути відомий твір Беатріс Поттер «Казку про кролика Пітера» — один із перших юридичних текстів, з якими зустрічається дитина. У казці Поттер чітко розмежовує два світи: безпечний світ, де кролик Пітер живе зі своєю Мамою «на піщаному березі у кролячій норі під коре-

²⁵⁵ Tucker N. The Child and the Book. A Psychological and Literary Exploration / N. Tucker. — New York : Cambridge University Press, 1990. — P. 5-17, 46-65, 67-94, 98-132, 136.

нями височенної ялини», і небезпечний світ городу містера Мак-Грегора, де з татом Пітера «сталася нещастя: він потрапив у пиріг, який випікала місіс Мак-Грегор». Незважаючи на попередження Мама, Пітер поліз до чужого городу порушувати право власності і вчиняти крадіжку. Поттер, звичайно, не використовує такої мови, але вона описує ці події мовою і малюнками, які може зрозуміти дитина менша за сім років. Пітер, «який був дуже неслухняним», «протиснувся в щілину під хвірткою» і почав поїдати овочі містера Мак-Грегора. Використання слова «протискуватися» і малюнок, на якому зображено Пітера, який протискується під хвіртку, дуже наочно зображують факт таємного проникнення у чужу власність, і більше того — туди, куди маленькі кролики ходити не повинні. Опис подальших страждань Пітера, який спочатку тікав від містера Мак-Грегора, потім зачепився курткою за сітку, потім заховався на дні поливальниці і, кінець-кінцем, у відчаї кинувся до хвіртки — все це може виглядати досить жахливим для дитини. Казка закінчується тим, що Пітер губить свою куртку, після потрапляння у світ дорослих відчуває себе не дуже добре, нічого не може пояснити мамі, і, на відміну від своїх сестер, приймає ліки — відвар з ромашки — і лягає спати. Мораль казки є зрозумілою: якщо ти проникаєш у власність інших людей і береш щось, тоді ти немов би переходиш зі звичного світу дорослих у більш небезпечний. Порушення чужого права власності і крадіжка — це правопорушення, яке не можна вчиняти ані маленьким кроликам, ані маленьким дітям²⁵⁶.

Дитяча література є одночасно і засобом правового виховання — вона формує правосвідомість дитини, і в той же час твори дитячої художньої літератури є складовою частиною «фондів» правової культури суспільства.

Підбиваючи підсумки, слід сказати, що використання художньої літератури для вивчення правових і державних явищ дозволяє говорити про літературний метод осягнення права і держави.

Цей метод може бути використано для вирішення таких задач: по-перше, для виявлення у творах художньої літератури

²⁵⁶ Ward I. Law and Literature: Possibilities and Perspectives / I. Ward.- New York : Cambridge University Press, 2008. — P. 100.

інформації про правове і державне життя певної епохи; по-друге, для встановлення того, яким чином право впливає на створення художньої літератури, що передбачає розгляд питань цензури і права на свободу творчості; по-третє, для з'ясування того, як художня література впливає на правове життя суспільства, як вона формує правосвідомість, правову культуру, як «здійснює» правове виховання; по-четверте, для встановлення того, як правосвідомість, правова культура письменника впливають на зміст його творів, як сприйняття ним проблем права і держави відбивається на його творчості; по-п'яте, для застосування літературного аналізу, літературної критики до правових текстів, що тісно пов'язано з питанням мови права та її специфічних рис.

Межі між цими задачами є досить умовними, оскільки, наприклад, при розгляді конкретного твору художньої літератури, у комплексі досліджуються історія його створення, біографія автора, умови, за яких його було написано, а також те, що зображено в ньому. Усі ці питання тісно пов'язані одне з одним.

Можна говорити про релевантність літературного методу, тобто про його відповідність вирішуваній задачі за змістом. Наприклад, щоб встановити, як правова культура письменника впливає на його твори, як його погляди на правове і державне життя відображаються у його творчості, необхідно здійснити аналіз його праць на предмет виявлення в них ідей про право і державу, вивчити його біографію, у тому числі історію створення окремих творів, а також дослідити особливості правового і державного життя тієї епохи, в якій він жив.

Літературний метод як науковий має загальнозначимий характер, тобто може бути відтворений з метою аналізу різноманітних творів художньої літератури, а також правових текстів.

Використання художньої літератури для вивчення права потребує від дослідника знань не тільки у сфері юриспруденції, але й у галузі теорії мови і теорії літератури, а також вміння читати та аналізувати художню літературу. Впровадження літературного методу в методологію юриспруденції може закласти основи для розвитку окремої навчальної дисципліни «Право і художня література», яку слід ввести до курсу навчання студентів юридичного профілю.

2.5. ІНФОРМАЦІЙНО-СЕМІОТИЧНИЙ ПІДХІД ДО РОЗУМІННЯ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ

Сьогодні в Україні велика увага приділяється питанням, пов'язаним із розвитком національної свідомості та культури, зі створенням, використанням, поширенням, збереженням культурної спадщини і культурних цінностей, забезпеченням доступу до них. Ці питання знаходять своє відображення у Законі України «Про культуру», в якому, зокрема, запропоновано таке визначення: «культура — сукупність матеріального і духовного надбання певної людської спільноти (етносу, нації), нагромадженого, закріпленого і збагаченого протягом тривалого періоду, що передається від покоління до покоління, включає всі види мистецтва, культурну спадщину, культурні цінності, науку, освіту та відображає рівень розвитку цієї спільноти»²⁵⁷. Ця дефініція має як наукове, так і практичне значення, і відображає, передусім, спектр завдань, для вирішення яких було прийнято цей нормативно-правовий акт.

Проте, у разі розгляду теоретичних аспектів культури спостерігаються багатогранність і суперечність цього феномену. На думку вчених, сьогодні існує більше чотирьохсот визначень культури²⁵⁸. Полісемантичність цього феномену зумовлена різноманітністю реальних форм його існування. Термін «культура» широко використовується у філософії, соціології, історії, антропології, етнографії, психології, філології, юриспруденції тощо. Можна виокремити десятки різновидів культур і субкультур. Серед них філософська культура, політична культура, етнічна культура, релігійна культура, правова культура тощо.

Активне вивчення різних аспектів культури намітилося в ХХ ст. Дослідники виявляють явні протиріччя між людиною і суспільством, природою і суспільством, а також у самому суспільстві, підкреслюючи тим самим внутрішнє різноманіття культури, різні її рівні і форми, що існують в одних і тих самих часі і просторі, її внутрішню суперечність. З'являється безпрецедентна кількість

²⁵⁷ Про культуру : Закон України від 14 грудня 2010 р. // Офіційний вісник України. — 2011. — № 2. — Ст. 91.

²⁵⁸ Теория культуры : учеб. пособ. / [В. П. Большаков, С. Н. Иконникова, И. К. Москвина и др.] ; под ред. С.Н. Иконниковой, В. П. Большакова. — СПб. : Питер, 2008. — С. 8.

підходів до осмислення феномену культури. На думку професора В. П. Сальнікова, всі наявні у світовій науці підходи до культури можна звести до трьох основних груп: філософські, соціологічні та антропологічні²⁵⁹.

При філософському підході наголошується на визначенні сенсу або основного призначення культури, на досягненні загальних (родових) основ культурної системи.

Розуміння культури в рамках філософського підходу зазвичай зводять до таких позицій: 1) культура — це «друга природа», світ штучного, тобто створеного людиною згідно зі своїм образом та подобою або для власних потреб, не продиктованих однозначно природною необхідністю (на відміну від усього природного), та силою інстинкту; 2) культура є спосіб розвитку і саморозвитку особи, спосіб особистісного буття у світі; 3) культура як специфічно людський, надбіологічно вироблений «спосіб діяльності», а також як технологія її здійснення, тобто те, як і яким чином людина реалізує свою діяльнісну сутність; 4) культура є особливий різновид людської діяльності, спрямований на відтворення й оновлення соціального буття, яке включає продукти і результати такої діяльності²⁶⁰.

При соціологічному підході культура розглядається, передусім, як явище колективне, як універсальна властивість суспільного життя, при цьому значна роль відводиться й особистісному аналізу культури. Основними, типовими елементами цього підходу є загальноколективні ідеї, цінності і правила поведінки (норми). Значущість соціологічного підходу можна побачити при розгляді основних соціальних функцій культури. Це, передусім, функції консервації, трансляції і соціалізації.

Функція консервації знаходить своє вираження у тому, що одним з основних призначень культури є накопичення соціальної пам'яті народу, етносу. Ю. М. Лотман у роботі «Культура і інфор-

²⁵⁹ Сальников В. П. Правовая культура : теоретико-методологический аспект : автореф. дис. на соискание уч. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Виктор Петрович Сальников. — Ленинград, 1990. — С. 12.

²⁶⁰ Резник Ю. М. Культура как предмет изучения / Ю. М. Резник. // Личность. Культура. Общество. — 2001. — Т. 3. — Вып. 1, 2. — С. 176-195, 178-182.

мація» зазначав, що культура — це «сукупність усієї не спадкової інформації, а також способи її організації і зберігання»²⁶¹. За допомогою культури здійснюється трансляція соціального досвіду. «Сьогодення — це майбутнє у минулому і минуле у майбутньому» відзначає Б. А. Успенський, розглядаючи процес передачі історичного досвіду від одного покоління до іншого²⁶². Змістом соціалізації є те, що людина стає соціальною не з моменту народження, а тільки в процесі соціальної діяльності. Освіта, виховання — це не що інше, як оволодіння культурою, процес передачі її від одного покоління до іншого. Культура означає залучення людини до соціуму, суспільства, отже, процес соціалізації — це безперервний процес оволодіння культурою.

Соціологічний підхід має важливе значення при вивченні питань культури в конкретних галузях знань. У контексті цього дослідження при розгляді питань правової соціалізації, правового виховання, формування правової культури цей підхід обійти неможливо. Слід зазначити, що культура при використанні соціологічного підходу пов'язується, в основному, з процесами соціальної взаємодії людей, при цьому часто недооцінюється внутрішній зміст цього феномену.

Антропологічне розуміння культури передбачає, що культура охоплює все, що відрізняє життя людського суспільства від природи, всі боки людського буття. Культура при цьому розглядається як реально існуючий та такий, що історично змінюється, спосіб життя людей, зумовлений досягнутим рівнем розвитку людського розуму, науки, мистецтва, виховання, освіти²⁶³. Леслі А. Уайт у роботі «Культурологія» визначає культуру як «складне ціле, яке складається із знань, вірувань, мистецтва, моральності, законів, звичаїв і деяких інших здібностей і звичок, засвоєних людиною як членом суспільства». Культура, на його думку, є «виключно приналежніс-

²⁶¹ Лотман Ю. М. Семиосфера / Ю. М. Лотман. — СПб. : Искусство-СПб., 2001. — С. 395.

²⁶² Успенский Б. А. Избранные труды / Б. А. Успенский. — М. : Школа «Языки русской культуры», 1996. — Т. 1. Семиотика истории. Семиотика культуры. — С. 18-33.

²⁶³ Кармин А. С. Культурология : учебник / А. С. Кармин. — СПб. : Лань, 2006. — С. 10.

тю людського виду», а наука про культуру (культурологія) — є галуззю антропології²⁶⁴.

Антропологічне розуміння культури максимально розширює її зміст і входить до поля зору цілого ряду суспільних наук. При цьому увага в них спрямовується головним чином не на теоретичне осмислення проблем культури, а на емпіричне вивчення конкретного історико-культурного матеріалу. У результаті виникають різні приватні наукові уявлення про культуру: археологічне; етнографічне; етнопсихологічне; соціологічне²⁶⁵.

У культурологічній та юридичній літературі виокремлюються й інші підходи до розуміння культури: описові, аксіологічні (ціннісні), нормативні, адаптивні, історичні, функціональні, семіотичні, символічні, герменевтичні, ідеаційні, психологічні, дидактичні²⁶⁶, інтегралістські²⁶⁷, інституціональні²⁶⁸ та інші. Але слід зазначити, що більшість сучасних дослідників культури підтримують або, як мінімум, не заперечують знакової природи культури. Тому, як уявляється, доцільно детальніше зупинитися на запропонованій А. С. Кармінім інформаційно-семіотичній концепції культури²⁶⁹. В основі цієї концепції лежать культурологічні ідеї, висунуті в працях Х. Гадамера, Е. Кассірера, Ю. М. Лотмана, Б. А. Успенського та інших дослідників.

Початковим пунктом цього підходу є теза про те, що в культурі втілюються засоби, способи і результати людської діяльності. Діяльність — це спосіб існування людини. Особливостями людської діяльності, що відрізняє людину від тварини, є, по-перше, свідомість постановки цілей, тобто цілепокладання, по-друге, створення і вдосконалення засобів діяльності. Ці особливості дозволяють зро-

²⁶⁴ Уайт Л. А. Культурология / Л. А. Уайт // Личность. Культура. Общество. — 2004. — Вып. 1. — С. 245.

²⁶⁵ Кармин А. С. Культурология : учебник / А. С. Кармин. — СПб. : Лань, 2006. — С. 10-11.

²⁶⁶ Там само. — С. 7.

²⁶⁷ Резник Ю. М. Культура как предмет изучения / Ю. М. Резник. // Личность. Культура. Общество. — 2001. — Т. 3. — Вып. 1, 2. — С.74.

²⁶⁸ Навальный С. В. Методологические подходы в исследовании правовой культуры в процессе обеспечения легитимности и преемственности государственной власти / С. В. Навальный // Философия права. — 2010. — № 3 — С. 74.

²⁶⁹ Кармин А. С. Культурология : учебник / А. С. Кармин. — СПб. : Лань, 2006. — С. 11-24.

бити висновок, що в основі культурного прогресу людства лежить постійне перетворення засобів діяльності на її цілі, а цілей — на засоби.

Продукти і результати людської діяльності, штучно створені людиною предмети і явища називають артефактами. Артефактами, тобто феноменами як породженнями культури, є все створене людиною — від предметів до думок, засобів і способів дій. Світ артефактів включає не лише те, що знаходиться поза людиною, але й те, що знаходиться у ній самій²⁷⁰. Характеристика культури як світу артефактів є важливою, але недостатньою для розуміння суті культури.

Артефакти мають подвійну визначеність — об'єктивну і суб'єктивну. Із точки зору об'єктивної визначеності, вони розглядаються як реальність, що існує сама по собі і характеризується об'єктивно притаманними їй властивостями. З іншого боку, людьми в них втілено те, що називають «сенсом», «значенням». Сенси має все, що людина робить і що становить культурне середовище її мешкання: витвори мистецтва і правила етикету, релігійні обряди і наукові дослідження, навчання і спорт, мораль і право тощо²⁷¹. Сенси будь-якого артефакту виражається в його призначенні, функціях. Так, сенси норми права має вираження у визначенні меж дозволеного, нормативно-правового акта — у можливості регулювання суспільних відносин, юридичної відповідальності — в охороні правопорядку, вихованні громадян у дусі добросовісного дотримання законів тощо. Без знання культури важко зрозуміти своїх предків. Ю. М. Лотман у книзі «Бесіди про російську культуру» як приклад наводить такий факт: згідно із стародавнім зводом законів Київської Русі «Руською Правдою», за рану, навіть важку, завдану гострим боком меча, передбачалась менша віра (відшкодування), ніж за не такі небезпечні удари не оголеною зброєю або руків'ям меча, чашею на банкеті або тильною стороною кулака. Цю парадоксальну норму можна зрозуміти, тільки усвідомивши її сенси. У цей період відбувається

²⁷⁰ Кармин А. С. Культурология : учебник / А. С. Кармин. — СПб. : Лань, 2006. — С. 12-14.

²⁷¹ Там само. — С. 15-16.

формування моралі воїна, формується поняття честі. Вважається, що рана, завдана гострим боком меча, — це бойова рана. Вона є болючою, але не ганьбить. Більше того, вона навіть є почесною, оскільки б'ються тільки з рівним. Удар же руків'ям, палицею, взагалі не зброєю — ганьбить, оскільки так б'ють раба²⁷². Таким чином, удар мечем, чашею або кулаком виявляється дією, що має специфічний для культури того часу сенс. Виходячи з викладеного, можна визначити культуру не лише як сукупність результатів людської діяльності, артефактів, але і як світ сенсів, яких людина вкладає у свої творіння і дії.

Людина відповідно до своїх потреб пізнає, оцінює й регулює явища та процеси, що відбуваються навколо неї. Тому розрізняють три основні види сенсів: когнітивний (те, що дається пізнанням), ціннісний (те, що встановлюється за допомогою оцінки) і регулятивний (те, чим регулюються дії). Когнітивний сенс — це інформація про властивості об'єкта. Знання — найважливіша частина культури. Воно має величезне значення в її змісті. Із розвитком культури обсяг знань, які має в розпорядженні суспільство, постійно зростає, а оволодіння культурою вимагає засвоєння накопичених в ній різноманітних знань. Ціннісний сенс — це фіксована в людській свідомості характеристика ставлення об'єкта до людини (і відповідно людини до об'єкта). Об'єкт має цінність, якщо людина вбачає у ньому засіб задоволення якої-небудь своєї потреби. Цінністю при цьому є не об'єкт сам по собі, а його властивість, здатність задовольняти людську потребу. Регулятивний сенс — це правило, вимога, відповідно до якої люди вибудовують свою поведінку. Регулятиви, що містяться в культурі, визначають прийняті у цій культурі норми поведінки і діяльності, тобто вказують, які шляхи і засоби досягнення цілей є допустимими, а які — ні²⁷³.

Будучи носіями сенсу, речі, процеси, явища, на які впливала людина фізично і духовно, стають знаками. Знак — це предмет (явище, дія), що є позначенням або представником іншого пред-

²⁷² Лотман Ю. М. Беседы о русской культуре : Быт и традиции русского дворянства (XVIII — начало XIX века) / Ю.М. Лотман. — СПб. : Искусство-СПб., 2002. — С. 7-8.

²⁷³ Кармин А. С. Культурология : учебник / А. С. Кармин. — СПб. : Лань, 2006. — С. 16-22.

мета, дії або властивості²⁷⁴. Тільки людина, на відміну від тварини, усвідомлено створює знаки. Німецький філософ Е. Кассіер у своїй роботі «Есе про людину: Вступ до філософії людської культури» визначив людину як символічну тварину («*animal symbolicum*»), тобто як тварину, що створює символи²⁷⁵.

Світ знаків є важливою складовою культури. Явища культури — це знаки та їх сукупності, в яких «зашифрована» соціальна інформація, тобто вкладені в них людьми зміст, значення, сенс²⁷⁶.

Культура являє собою особливий тип інформаційного процесу, якого не знає природа. Передача інформації у людини відбувається не лише генетичним шляхом, але й через знакові системи. Порівнюючи процес передачі інформації у людей та в інших живих організмів, О. А. Івакін зазначає: «...людина використовує принципово новий спосіб отримання, зберігання й використання інформації. При цьому вся ця суспільно-трудова інформація «записується» не в генах, а в штучних символах: жестах, ритуалах, словах, малюнках, тобто в мові»²⁷⁷. Соціальна інформація, виражена в знакових системах, не зникає із смертю індивіда, що здобув її. «Соціальна спадковість» дозволяє накопичувати, множити й передавати інформацію, яка знаходиться у розпорядженні людини. Недаремно І. Ньютон говорив: «Я карлик, що стоїть на плечах гіганта», маючи на увазі попередні покоління²⁷⁸. За визначенням Ю. М. Лотмана, культура — це «надзвичайно складно організований механізм, який зберігає інформацію, постійно виробляючи для цього найбільш вигідні і компактні способи, отримує нову, зашифровує і дешифровує повідомлення, переводить їх з однієї системи знаків в іншу»²⁷⁹.

²⁷⁴ Большой энциклопедический словарь / [отв. ред. Г. Б. Ерусалимский]. — М. : Большая Российская энциклопедия; СПб. : Норинт, 2004. — С. 424.

²⁷⁵ Кассирер Е. Избранное. Опыт о человеке / Эрнст Кассирер. — М. : Гардарика, 1998. — С. 472.

²⁷⁶ Кармин А. С. Культурология : учебник / А. С. Кармин. — СПб. : Лань, 2006. — С. 22.

²⁷⁷ Івакін О. А. Діалектична філософія : монографія / О. А. Івакін. — О. : Фенікс; Суми : Університет. книга; М. : ТрансЛіт, 2007. — С. 105 с.

²⁷⁸ Библер В. С. Культура. Диалог культур / В.С. Библер // Вопросы философии. — 1989. — № 6. — С. 33.

²⁷⁹ Лотман Ю. М. Семиосфера / Ю. М. Лотман. — СПб. : Искусство-СПб., 2001. — С. 395.

Таким чином, з інформаційно-семіотичної точки зору феномени культури — це будь-які артефакти, які несуть у собі сенси, тобто є знаками, що мають значення. Сукупності знаків при цьому утворюють тексти, в яких міститься соціальна інформація. Виходячи із цього, А. С. Кармін пропонує таке визначення культури: «Культура — це соціальна інформація, яка зберігається й накопичується в суспільстві за допомогою створюваних людьми знакових засобів»²⁸⁰.

Інформаційно-семіотичний підхід при дослідженні правової культури має важливе методологічне значення. Він дозволяє глибше проникнути в суть правової культури, осмисливши правову спадщину народу, розширити сферу феномену, що вивчається, включивши до нього не лише позитивні, але й негативні прояви правової дійсності.

Традиційно системну цілісність культури поділяють на матеріальну, духовну і соціальну сфери. Правова культура при цьому є однією із форм соціальної культури²⁸¹.

Питання правової культури активно досліджуються в останні часи. На особливу увагу заслуговують роботи В. П. Сальнікова, який зробив спробу обґрунтувати культурологію права як самостійний перспективний напрям досліджень у юриспруденції²⁸², та Ю. М. Оборотова, який використав інформаційно-семіотичний підхід у вивченні правової культури²⁸³.

У цілому серед правознавців домінує схильність розглядати правову культуру в рамках первісно заданих аксіологічних (ціннісних) схем. Так, у юридичній енциклопедії правова культура визначається як «система духовних і матеріальних цінностей

²⁸⁰ Кармин А. С. Культурология : учебник / А. С. Кармин. — СПб. : Лань, 2006. — С. 24.

²⁸¹ Там само. — С. 226-228.

²⁸² Сальников В. П. Правовая культура : теоретико-методологический аспект : автореф. дис. на соискание уч. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Виктор Петрович Сальников. — Ленинград, 1990. — С. 35.

²⁸³ Оборотов Ю. Н. Традиции и обновление в правовой сфере: вопросы теории (от познания к постижению права) / Ю. Н. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2002. — С. 138-141.

у сфері функціонування права»²⁸⁴. На думку В. П. Сальнікова, «правова культура суспільства охоплює всі цінності, які створено людьми у галузі права. Вона втілює досягнення правової думки, юридичної техніки і правової практики. Елементами правової культури суспільства є компоненти правової дійсності із специфічним призначенням — проявлятися як еталони діяльності людини»²⁸⁵. О. Ф. Скакун розуміє під правовою культурою «різновид і невід’ємну частину загальної культури, що становить систему духовних і матеріальних цінностей у правовій сфері, розвинених суспільством завдяки постійному вдосконаленню заходів просвітницько-освітнього характеру з урахуванням загальнолюдських правових цінностей, та визначає розвиток правової системи суспільства»²⁸⁶. С. С. Алексєєв підкреслює, що «правова культура становить своєрідне юридичне багатство, виражене в досягнутому рівні розвитку регулятивних якостей права, накопичених правових цінностей»²⁸⁷. Як своєрідна система цінностей у сфері функціонування права правова культура розглядається у роботах В. С. Нерсисянца, О. О. Певцової, Р. Д. Русінова, М. Я. Соколова, І. В. Яковюка та ін.

Безумовно, цінності визначають сенс і основний вектор розвитку людської культури і людського життя. Вони виражають переваги, орієнтацію, інтереси окремих осіб, груп і верств суспільства, пов’язані з пізнавальною, творчою і практичною діяльністю, опосередкованою вольовими рішеннями. Діяльність індивіда, у першу чергу, зорієнтована цінностями, до досягнення яких він прагне, а правові норми часто є засобом, способом досягнення цих цінностей. Це свідчить про те, що сьогодні правова система повинна вважатися не лише нормативною, але й нормативно-

²⁸⁴ Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. — К. : «Укр. енцикл.», 1998. — Т. 5. : П-С. — 2003. — С. 37.

²⁸⁵ Сальников В. П. Правовая культура : теоретико-методологический аспект : автореф. дис. на соискание уч. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Виктор Петрович Сальников. — Ленинград, 1990. — С. 18.

²⁸⁶ Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / О. Ф. Скакун. — 2-е вид. — К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. — 104 с.

²⁸⁷ Алексєєв С. С. Общая теория права : в 2 т. / С. С. Алексєєв. — М. : Юрид. лит., 1981. — Т.1 — С. 213.

ціннісною, вірніше навіть ціннісно-нормативною. Ціннісній характеристиці права і правової культури в юриспруденції приділяється велика увага. Ці питання знаходили своє віддзеркалення в роботах С. С. Алексєєва, О. О. Бандури, Н. Неновського, В. С. Нерсисянца, Ю. М. Оборотова, М. П. Орзіха, А. В. Полякова, П. М. Рабіновича та ін.

Дослідження аксіологічної спрямованості правової культури, як однієї із форм соціальної культури, має важливе методологічне значення. З її допомогою можна надати об'єктивну оцінку кожного елемента правової культури, визначити їх суспільно-історичну значущість. Проте існує небезпека, пов'язана з тим, що Ф. Ніцше називав «переоцінкою цінностей». Давно відомо: те, що є значущим для одного, може не являти собою цінності для всіх. Цінності свободи, істини, добра, краси, що часто визнаються людьми як абсолютні, правильніше сприймати як відносні, обґрунтовані лише стосовно конкретної культури і суспільства. Американський антрополог Девід Бідні підкреслював, що так звані «абсолютні цінності» є насправді «відносними абсолютами», законність яких може бути визнана тільки в контексті цієї культури²⁸⁸. Часто, співставляючи різні правові системи, представники однієї правової сім'ї не помічають або прямо заперечують правові цінності, що існують в інших сім'ях. Тому «підхід до розуміння правової культури лише через призму аксіологічної спрямованості складових її елементів не дозволяє створити міцного теоретичного фундаменту правової культурології хоча б тому, що властивості, завдяки яким виокремлюється клас об'єктів вивчення, мають суб'єктивний характер, оскільки безпосередньо пов'язані із ціннісними установками пізнаючих суб'єктів»²⁸⁹.

В юриспруденції під цінностями зазвичай розуміють все те, що викликає до себе позитивне ставлення, розглядається як бла-

²⁸⁸ Бидни Д. Понятие ценности в современной антропологии / Девид Бидни // Культурология XX век : Антология. Аксиология, или философское исследование природы ценностей. — М. : Институт науч. информации по общественным наукам РАН. — 1996. — С. 29-30.

²⁸⁹ Сальников В. П. Правовая культура : теоретико-методологический аспект : автореф. дис. на соискание уч. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Виктор Петрович Сальников. — Ленинград, 1990. — С. 16.

го, добро, користь, належне. Вони є цілями, до яких люди прагнуть, і пов'язані із задоволенням потреб людей²⁹⁰. Такі явища, як злочинність, соціальна нерівність, декларативні (недіючі) закони, бюрократизм у правовій сфері, правовий нігілізм і багато чого іншого, виносяться за рамки ціннісного змісту. Проте подібні явища супроводжують людське буття, і якщо ігнорувати їх існування, то неможливо зрозуміти культуру тієї або іншої країни, якої-небудь епохи. Таким чином, у цьому трактуванні аксіологічний підхід до культури звужує, обмежує її внутрішній сенс.

Однак саме поняття «цінність» не є таким однозначним. У ряді випадків під цінностями розуміються не лише позитивні, але й негативні явища. Як приклад можна навести таку дефініцію: «цінність — позитивна або негативна значущість об'єктів навколишнього світу для людини, соціальної групи, суспільства в цілому, що визначається не їх властивостями як самими по собі, а їх залученістю до сфери людської життєдіяльності, інтересів і потреб, соціальних стосунків; критерій і способи оцінки цієї значущості, що виражені в моральних принципах і нормах, ідеалах, установках, цілях»²⁹¹. Таке бачення цінностей дозволяє в іншому ракурсі уявити феномен культури. У культурологічному аспекті цінність розумітиметься як загальновизнана норма, сформована у певній культурі, яка задає зразки і стандарти поведінки, впливає на вибір між можливими альтернативами поведінки. Причому ці норми можуть бути не лише позитивними. Ю. М. Оборотов зазначає, що також як добро і зло для моралі [тільки на тлі зла може сяяти добро (Гете), правомірне і неправомірне, служать праву як визначальні правові цінності. При цьому правомірне — основна правова цінність, а неправомірне — основна правова антицінність²⁹². На думку А. В. Полякова, тексти правової дійсності для суб'єктів можуть мати як позитивне, так і негативне ціннісне значення. До текстів правової дійсності, що сприймаються як негативні цінності, він зараховує правопорушення, закони, що оцінюються як «несправед-

²⁹⁰ Неновски Н. Право и ценности / Н. Неновски. — М. : Прогресс, 1987. — С. 25-29.

²⁹¹ Большой энциклопедический словарь / [отв. ред. Г. Б. Ерусалимский]. — М. : Большая Российская энциклопедия; СПб. : Норинт, 2004. — С. 1330.

²⁹² Оборотов Ю. Н. Теория государства и права (прагматический курс) / Ю. Н. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2004. — С. 38.

ливі», «драконівські», тексти правової ідеології, що обґрунтовують перевагу якоїсь раси або нації тощо. Ці тексти правової дійсності мають соціальне значення, тому також є частиною правової культури²⁹³. Поведінкова (діяльнісна) складова є важливим структурним елементом індивідуальної і групової правової культури. Але установки на поведінку і сама правова поведінка можуть бути як позитивними, так і негативними. В. І. Камінська і О. Р. Ратінов, розглядаючи структуру правової культури, включають до її складу як правомірну, так і неправомірну правову поведінку (діяльність)²⁹⁴.

Антицінності, негативні цінності так само, як і позитивні цінності, є відносними категоріями і повною мірою залежать від установки розглядаючого суб'єкта.

Очевидно, що правова дійсність включає не лише позитивні складові. Для охоплення всього правового буття в юриспруденції було запропоновано категорію «правове життя». Правове життя є сферою соціального життя, яке включає всю сукупність юридичних чинників, що ведуть до юридичних наслідків. Тобто правове життя — це юридична сторона життя суспільства. О. В. Малько визначає правове життя суспільства як «форму соціального життя, що виражається переважно в правових актах і правовідносинах, яка характеризує специфіку і рівень правового розвитку цього суспільства, ставлення суб'єктів до права і міру задоволення їх інтересів»²⁹⁵. Цілковита картина правового життя не може бути представлена тільки через знання про правові акти, правовідносини, про наявні правові погляди, про результати дії права. Це всього лише певна частина, що характеризується ознаками позитивності, контролюваності. На думку В. О. Шиянова, правове життя — це метасистема (єдиний комплекс правових явищ: статичних і динамічних, організованих і неорганізованих, позитивних і негативних), яка є специфічною абстракцією соціальних відно-

²⁹³ Поляков А. В. Общая теория права / А. В. Поляков, Е. В. Тимошина. — СПб. : Издат. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. — С. 189.

²⁹⁴ Каминская В. И. Правосознание как элемент правовой культуры / В. И. Каминская, А. Р. Ратинов // Правовая культура и вопросы правового воспитания / [под ред. А. Д. Бойкова]. — М. : Всесоюз. ин-т по изуч. причин и разработки мер предупрежд. преступности, 1974. — С. 43.

²⁹⁵ Малько А. В. Категория «правовая жизнь»: проблемы становления / А. В. Малько // Государство и право. — 2001. — № 5. — С. 5.

син, що дозволяє об'єднати формальну і змістовну сторони права, охарактеризувати специфіку і рівень правового розвитку суспільства. До ознак правового життя, на його думку, слід віднести те, що воно характеризує специфіку і рівень правового розвитку тієї або іншої країни; відбиває ставлення суб'єктів до права і ступінь задоволення їх інтересів; є невід'ємним від юридичних правил поведінки і, отже, від відповідних наслідків такої поведінки; є більш «оперативним» ніж формально-юридичні інструменти; поєднує в собі офіційний, нормативно-організований, владно-імперативний характер, соціально-правовий досвід та ін.²⁹⁶

Правове життя і правова культура є гранично широкими категоріями, що включають численні юридичні елементи — правосвідомість, правову практику, правові інститути, правові акти тощо. Ці поняття є не лише взаємопов'язаними, вони часто визначають одне. Наприклад, правова культура часто визначається як «якісний стан правового життя суспільства, як міра освоєння й використання правових цінностей»²⁹⁷. Виходячи з такого підходу, правова культура є більш вузьким поняттям, що являє собою лише позитивну складову правового життя.

Правова культура — невід'ємна частина культури, вона базується на її основах, є віддзеркаленням рівня її розвитку. У найзагальнішому вигляді культуру можна визначити як світ штучного. Проте «це не просто сума речей або ідей, яку необхідно емпірично виокремити й описати, а вся створювана людством предметна дійсність, що втілює в собі наші власні сили і стосунки. Це весь світ, в якому ми виявляємо, знаходимо самих себе, який містить в собі умови й необхідні передумови нашого достовірно людського існування»²⁹⁸. Необхідно зазначити, що при дослідженні культури

²⁹⁶ Шиянов В. А. Правовая система и правовая жизнь общества : теоретический аспект взаимодействия : автореф. дис. на соискание уч. степени кандидата юрид. наук. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / В. А. Шиянов. — М., 2008. — С. 10.

²⁹⁷ Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. / [В. Я. Тацій, М. В. Цвік, О. В. Петришин та ін.]; за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2008. — Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України. — С. 646.

²⁹⁸ Межуев В. М. Культура как философская проблема / В. М. Межуев // Вопросы философии. — 1982. — № 10. — С. 52.

певного народу і певного періоду, далеко не всі явища підносять людину, сприяють її духовному вдосконаленню (наприклад, переслідування інакомислячих, релігійні розбрати, злочинність, війни). Тому будь-яка культура містить у собі, окрім позитивних, ще й негативні, небажані прояви активності людини²⁹⁹. Така позиція є досить поширеною в культурології і має безліч послідовників.

Проектуючи це розуміння культури на правову культуру, на її юридичний вимір, слід включати до її складу негативну правову культуру. Необхідно сказати, що негативні прояви правової культури вже представлені в деяких сучасних загальнотеоретичних юридичних дослідженнях. Так, на думку Л. І. Спиридонова, «інституціоналізуються, а отже, й нормуються найрізноманітніші види людської діяльності, перетворюючись на частину культури незалежно від того, позитивну чи негативну роль вони відіграють у суспільстві»³⁰⁰, М. Б. Смоленський, аналізуючи сучасні прояви правового нігілізму і правового ідеалізму, виокремлює деформовану правову культуру³⁰¹. Про існування негативної правової культури говориться у навчальному посібнику з теорії держави і права за редакцією М. М. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Ебзеева³⁰², про негативні прояви правої культури говорили й учасники наукової конференції «Правова культура в Росії на рубежі століть» С. А. Комаров, В. М. Баранов, Л. В. Лобанова³⁰³. І. І. Коваленко аналізуючи негативні прояви правової культури виокремлює її антипод — «правову антикультуру»³⁰⁴. Вона, на його думку, становить «специфічний

²⁹⁹ Кармин А. С. Культурология : учебник / А. С. Кармин. — СПб. : Лань, 2006. — С. 9.

³⁰⁰ Спиридонов Л. И. Теория государства и права : учебник / Л. И. Спиридонов. — М. : Проспект, 1996. — С. 121.

³⁰¹ Смоленский М. Б. Право и правовая культура как базовая ценность гражданского общества / М. Б. Смоленский // Журнал Российского права. — 2004. — № 11. — С. 79.

³⁰² Теория государства и права : учебник для вузов / [под ред. М. М. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева]. — М. : ЮНИТИ ДАНА; Закон и право, 2000. — С. 406.

³⁰³ Обзор всероссийской научной конференции «Правовая культура в России на рубеже столетий», г. Волгоград, 16-17.02.2001 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.lawportal.ru/doc/document.asp?docID=1146552>

³⁰⁴ Коваленко І. І. Теоретико-методологічні засади дослідження правової культури українського соціуму / І. І. Коваленко // Суспільство, людина, право: сучасні дослідження актуальних проблем : монографія / [О. Г. Данильян,

зріз правової дійсності, що відображає властивість правових явищ, станів та тенденцій розвитку знижувати ефективність правового регулювання та рівень правового порядку, а також ступінь задоволення індивідуальних і суспільно-значущих інтересів та потреб»³⁰⁵. Правова антикультура, будучи породженням соціальної організації людей, має різноманітні прояви, найбільш поширеними серед яких є деформації правосвідомості, норми кримінальної субкультури, правопорушення та корупційні прояви, недосконалість правового регулювання (наприклад, існування прогалин означає ні що інше, як стан неврегульованості певної галузі суспільних відносин), техніко-юридичні дефекти законодавства, юридичні помилки та перекоси у правозастосовній практиці. Отже, правова антикультура містить негативні та деструктивні сторони правових явищ, набуваючи різних форм зовнішнього виразу та способів впливу на правову систему³⁰⁶.

Для виявлення негативних складових правової культури велике значення має вихід на такі аномалії у правовій сфері, як правовий нігілізм і правовий ідеалізм. У теорії права до співвідношення цих явищ із правовою культурою не існує однозначного підходу. М. Я. Соколов протиставляє правовий нігілізм правовій культурі³⁰⁷, Г. Г. Костакі вважає їх антиподами правової культури³⁰⁸, В. А. Мішенін розглядає правовий нігілізм і правовий ідеалізм як крайні

О. П. Дзьобань, С. Б. Жданенко та ін.] ; за ред.. О. Г. Данильяна. — Х. : Право, 2014. — С. 219-222.

³⁰⁵ Коваленко І. І. Теоретико-методологічні засади дослідження правової культури українського соціуму / І. І. Коваленко //Суспільство, людина, право: сучасні дослідження актуальних проблем : монографія / [О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, С. Б. Жданенко та ін.] ; за ред.. О. Г. Данильяна. — Х. : Право, 2014. — С. 222.

³⁰⁶ Коваленко І. І. Теоретико-методологічні засади дослідження правової культури українського соціуму / І. І. Коваленко //Суспільство, людина, право: сучасні дослідження актуальних проблем : монографія / [О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, С. Б. Жданенко та ін.] ; за ред.. О. Г. Данильяна. — Х. : Право, 2014. — С. 221-222.

³⁰⁷ Соколов Н. Я. О понятии правовой культуры / Н. Я. Соколов // LEX RUSSICA (Научные труды МГЮА). — 2004. — № 2. — С. 391.

³⁰⁸ Костакі Г. Правовая культура общества и ее основные элементы / Г. Костакі, С. Злобин // Закон и жизнь. — 2003. — № 12. — С. 7.

прояви правової культури, проте, робить висновок про відсутність у цьому випадку правової культури³⁰⁹.

Здається, як би не ставитися до цих явищ, не можна стверджувати, що культура, у тому числі правова, є відсутньою. Адже культура — це те, що, кінець-кінцем робить людину людиною, відокремлюючи її від світу тварин. Ні індивід, ні суспільство не можуть бути позбавленими правової культури цілковито. У цьому випадку слід говорити про недостатню, низьку, неповноцінну, деформовану правову культуру, правову антикультуру або негативну правову культуру але ніяк не про її відсутність. У зв'язку з цим не зовсім вдалим є введення понять «правова безкультурність»³¹⁰ і «юридична безкультурність»³¹¹. Можна погодитися з думкою І. Д. Невважай, який розглядає правовий нігілізм і правовий ідеалізм як невід'ємні складові правової культури³¹², підтверджуючи тим самим ідею про негативні її прояви.

Виокремлення негативної правової культури дозволяє інакше оцінити співвідношення категорій «правова культура» і «правове життя».

Може скластися враження про ідентичність зазначених категорій. Проте їх смислове навантаження не співпадає. По-перше, так само, як категорії «життя» і «культура», категорії «правове життя» і «правова культура» відрізняються одна від одної динамічними складовими. Одним із основних критеріїв якісного стану правового життя є правова активність. Правова активність підкреслює рухливість правового життя, його «нестояння» на місці, розвиток³¹³.

³⁰⁹ Мишенин В. А. Значение правового воспитания для формирования правовой культуры / В. А. Мишенин // Закон и армия. — 2004. — № 8. — С. 26-27.

³¹⁰ Соколов Н. Я. О понятии правовой культуры / Н. Я. Соколов // LEX RUSSICA (Научные труды МГЮА). — 2004. — № 2. — С. 389.

³¹¹ Матузов Н. И. Правовой нигилизм и правовой идеализм / Н. И. Матузов // Общая теория государства и права. Академический курс в 3 т. / [В. В. Борисов, Н. В. Витрук, Н. Л. Гранат и др.] ; под ред. проф. М. Н. Марченко. — М. : Зерцало-М, 2001. — Т. 3. — С. 327

³¹² Невважай И. Д. Типы правовой культуры и формы правосознания / И. Д. Невважай // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2000. — № 2. — С. 24.

³¹³ Затонский В. А. Правовая активность как качественное состояние правовой жизни / В. А. Затонский // Правовая политика и правовая жизнь. — 2003. — № 3. — С. 7-8.

Правова культура характеризується більшою мірою статичними компонентами. По-друге, правове життя охоплює тільки те, що здійснилося (відбулося) в правовому бутті, а правова культура має як об'єктивовані, так і не об'єктивовані (правове мислення, правосвідомість, правовий менталітет), ідеальні компоненти.

Слід зазначити, що широке розуміння правової культури не підміняє собою обсяг змісту категорії «правове життя», а дозволяє перевести дослідження правової культури на якісно новий рівень, зокрема з'ясувати причини виникнення і характер негативного сприйняття правових явищ у суспільстві, усвідомити зв'язок правопорушень із глибинними особливостями сприйняття правової дійсності тощо. Цей підхід стає особливо актуальним при дослідженні правової культури окремих соціальних спільностей, що мають власну систему цінностей, правових традицій, особливості правосвідомості і правового менталітету.

Крім того, разом із таким розумінням правової культури досить обґрунтованим є використання поняття «культура права». Воно буде покликане відбити «високий рівень правової культури — такий, коли не лише соціальні явища оцінюються під кутом зору правових цінностей та ідеалів, але й саме право будується відповідно до цих цінностей та ідеалів, стає центром суспільно-політичного життя»³¹⁴.

Методологічною основою щодо широкого розуміння правової культури, може стати розуміння правової культури як інформаційно-семіотичної структури.

При інформаційно-семіотичному підході важливими складовими культури є артефакти. Слід зазначити, що ставлення до артефактів у праві не є однозначним. Наприклад, Б. В. Чигідін під артефактами у праві розуміє констатації неіснуючих насправді фактів, явищ, подій і стосунків, викликаних помилками пізнавального плану³¹⁵. Проте семантична природа цього поняття набагато

³¹⁴ Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия : Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — С. 271.

³¹⁵ Чигидин, Б. В. Юридическая техника российского законодательства : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» ; 12.00.02 — «Конституционное право ; муниципальное право» / Б. В. Чигидин. — М., 2002. — С. 17.

ширша і дозволяє використовувати його для позначення усіх вторинних, штучних, тих що з'явилися за участю людини юридичних фактів і форм. Тому слід погодитися із запропонованим В. А. Бачининим широким розумінням артефактів в праві. На його думку, правові артефакти, є одним з компонентів довготривалої пам'яті людської цивілізації. Через них здійснюється трансісторична передача соціально-правового досвіду. Завдяки юридичним артефактам традиційні, апробовані нормативно-ціннісні уявлення про належне вводяться в актуальне духовно-практичне життя суспільства³¹⁶. У категорії — «юридичні артефакти» термін «юридичний» більшою мірою свідчить про зв'язок з державою, діяльністю її органів, тому, для відбиття усієї правової дійсності слід використовувати термін «правовий».

Таким чином, використовуючи інформаційно-семіотичний підхід правову культуру суспільства можна визначити як інформацію про правові артефакти, яка зберігається й накопичується в суспільстві за допомогою створюваних людьми знакових засобів. При цьому, під правовими артефактами слід розуміти сукупність продуктів і результатів людської діяльності у сфері права, які охоплюють як позитивні, так і негативні, як матеріальні, так і ідеальні феномени правової дійсності.

2.6. СИСТЕМНИЙ ПІДХІД В ОСЯГНЕННІ СИСТЕМИ ПРАВА

Методологія дослідження системи права вимагає застосування підходів та методів, які повною мірою спроможні розкрити сутнісні особливості цього важливого для юриспруденції концепту. В українській загальнотеоретичній юриспруденції розробки системи права проведені в декількох напрямках, серед яких перевага надається визначенню системи права як складової правової системи та дослідженню структури системи права з акцентуванням уваги на компонентах цієї системи, її галузевої характеристики. Останнім часом актуалізовано дослідження системи права з метою ви-

³¹⁶ Бачинин В. А. Философия права и преступления / В. А. Бачинин. — Х. : Фолио, 1999. — С. 27.

значення основи, закономірностей її формування та існування як цілісності.

Системність права належить до тієї сфери досліджень, де перетинаються питання світоглядного характеру як загальнотеоретичної юриспруденції, так і галузевих, прикладних юридичних наук. Указана обставина, безумовно, позначається на методологічній установці дослідження системи права. Відомо, що системність є важливою властивістю права. Водночас право розглядають як унікальну соціальну нормативно-ціннісну систему³¹⁷, що не лише демонструє його зміст, але й дозволяє розкрити визначальні ознаки. За таких умов справедливою є постановка питання стосовно найефективнішого методологічного підходу до дослідження системи права і, більш того, про необхідність виокремлення методології пізнання системи права, позаяк існуючий в юриспруденції методологічний плюралізм далеко не завжди сприяє досягненню дослідником поставленої ним мети та особливо, якщо такою метою є система права. Можливо стверджувати, що використання в епістемології права системного підходу є обґрунтованим та необхідним. Завдяки цьому в методології загальнотеоретичної юриспруденції виникла певна наукова традиція. Власне, система права як світоглядна проблема і водночас складна юридична конструкція є наслідком застосування системного підходу не лише на рівні філософії права, але й на рівні юриспруденції в цілому. Потрібно зазначити, що в тому та в іншому випадках вирішальним є найвищий рівень абстрагування, тому що система права не існує як певна реальність або ж як правова заданість, яка має визначену форму. Рефлекторність системи права хоча і є очевидною для дослідника, проте відслідковується лише на рівні правового абстрагування. Очевидним є і те, що в умовах сформованої в юриспруденції традиції застосування системного підходу відкрити нове бачення вже традиційних поглядів на зазначену методологічну проблему доволі складно. Однак виявляється, що використання здобутого раніше арсеналу знань стосовно системної методології у сучасних умовах постмодернового сприйняття права залишається не ефективним, і для такого висновку існують достатньо вагомі підстави.

³¹⁷ Введение в украинское право / под общ. ред. С.В.Кивалова, Ю.Н.Оборотова.- 2-е изд., перераб. і доп.- Одessa: Юридична література, 2009. — С. 136.

По-перше, системність права демонструє найрельєфніші і, напевно, найзначніші ознаки права, засвідчуючи тим самим високий рівень наукового засвоєння права. По-друге, гносеологічний плюралізм у сучасній юридичній науці став причиною суттєвих змін, які відслідковуються у змісті методології, у тому числі — у методології системних досліджень, де науковий підхід значно розширив свої пізнавальні можливості внаслідок активної дії як світоглядних установок, так і юридичних концептів. При цьому не можливо не звернути увагу на ту обставину, що у методологічних розробках актуалізувались дослідження структури права з використанням принципів та положень структуралізму, які на сьогодні представлені постструктуралістичними поглядами на право і правові явища.

Не заперечуючи продуктивності наукового пізнання з використанням постструктуралістичних поглядів, необхідно підкреслити певну пізнавальну обмеженість такого підходу, оскільки структура права є характеристикою лише одного з елементів його системи та сумнівним є розгляд структури за межами системності права. Водночас, структура права утворює органічний елемент у гносеологічному освоєнні права та усіх правових явищ з використанням системного підходу.

Постструктуралізм у своєму методологічному значенні пропонує, власне, вийти за межі структури предметів і явищ, піддаючи критиці структуралізм за внутрішній догматизм і нездатність успішно вирішити методологічні науково-дослідницькі задачі. Проте тут важливо зосередитися на світоглядній основі постструктуралізму, який, незважаючи на певну революційність, наполягає на невідповідності сутності та змісту соціальних явищ, а така невідповідність, на нашу думку, зводить нанівець будь-яку пізнавальну дію.

Спроби постструктуралізму поєднати об'єкт і суб'єкт пізнання зі змістом пізнавального процесу, по суті, не мають перспективи. Водночас таке поєднання або ж взаємодія у процесі пізнання виходять на рівень системності як всезагальної властивості організованих явищ і предметів, як необхідної властивості діяльності взагалі і соціальної (юридичної) діяльності зокрема.

У своєму розвитку постструктуралізм не лише став світоглядною основою для формування постмодернізму, але й проти-

ставив філософське обґрунтування дійсності науковому, поставив під сумнів творче начало свідомості. Постмодерне розуміння більшості соціальних, гуманітарних проблем і шляхів, можливостей їх вирішення за рахунок соціального песимізму, який містить у собі постструктуралізм, набуває ознак неподоланності, а тому не має перспектив з позицій їхнього ґносеологічного освоєння. Складається враження, що постструктуралізм з його ідеями ґносеологічного «руйнування» і деконструктивізму негативно позначається на стані наукових розробок юриспруденції у цілому та загально-теоретичної юриспруденції зокрема. На перший погляд, постструктуралізм заснований на звеличуванні індивіда, особистості, що визначає його гуманістичний потенціал. Проте більш ретельне вивчення змістовних начал постструктуралізму дозволяє виявити його розгубленість перед складними умовами сучасного існування особистості.

Напевно, найефективнішою і найпереконливішою відповіддю пост-структуралізму є запропонована в соціології Е.Гіденсом теорія структуризації. Теорія структуризації суспільства в своїй основі зорієнтована на системний підхід дослідження соціальних дій, де першість віддається не просто індивіду — активному соціальному актору, а соціальним практикам, постійному відтворенню індивідами (соціальними діячами) певних соціальних дій³¹⁸. Необхідно визнати, що теорія структуризації представляє собою логічне завершення наукових пошуків системності суспільств (суспільства) як територіально-темпоральних утворень. Е. Гіденсом розвинута концептуальна позиція стосовно того, що «предметом соціальних наук є не досвід індивідуального актора і не існування будь-якої форми соціальної тотальності, а соціальні практики, упорядковані у просторі і в часі. Соціальні дії людей циклічні.... вони не створюються соціальними акторами, а лише постійно відтворюються, при чому у той спосіб, за допомогою якого люди реалізують себе як актори.... Цілісна послідовність практик передбачає рефлексивність, проте остання є можливою лише в умовах послідовної безперервності цих практик, що дозволяє сприймати їх тотож-

³¹⁸ Гидденс Э. Устроение общества: Очерк теории структуризации / Э.Гидденс — 2-е изд. — М.: Академический Проект, 2005. — С. 38-45.

ними один одному у часі та просторі»³¹⁹. Запропоноване теорією структуризації діяльнісне бачення визначальних питань соціальної дійсності як жодне інше стає актуальним для системи права, де найвиразнішою постає рефлексивність права. Неможливо не відзначити таку важливу обставину: розвиток постструктуралізму як світоглядного напрямку співпадає за часом з активним розвитком системного підходу та обґрунтуванням необхідності його застосування як у природознавчих, так і в гуманітарних науках. Постструктуралізм в юриспруденції не знайшов і, зрозуміло, не міг знайти активної підтримки внаслідок свого деконструктивного начала, що повністю суперечить цілісності права. Структуралізм, який був попередньою для постструктуралізму світоглядною парадигмою, втратив свої методологічні можливості, що засвідчила теорія структуризації. Постструктуралізм сприяв активному розвитку та застосуванню у практиці наукових досліджень системного підходу, що знайшло своє відображення у загальнотеоретичній юриспруденції, у прикладних юридичних науках. Методологічна недосконалість та недоліки структуралізму, що спонукало до появи постструктуралізму, знайшли своє закономірне вирішення у системному підході. Можна по-різному ставитися до вибору методологічного підходу дослідження права, але неможливо заперечувати творчої ролі системного підходу як для філософії права, так і його важливе значення для загальнотеоретичної юриспруденції. Очевидно, що таке розуміння суттєво наблизило багатьох дослідників до висновку щодо первинності системного підходу в осягненні права взагалі і системи права зокрема.

Можемо стверджувати, що системність передбачає достатній рівень наукового осягнення права, сприйняття права як цілісності, що має певні складові, частини і тому — цілком конкретний, структурований елементний склад.

Парадокс полягає у тому, що вже досить давно в методології юридичної науки системний підхід застосовується достатньо активно. Хоча нерідко вчені говорять про застосування в загальнотеоретичних дослідженнях системного методу або ж методу систем-

³¹⁹ Гидденс Э. Устроение общества: Очерк теории структуризации / Э.Гидденс — 2-е изд. — М.: Академический Проект, 2005. — С. 40.

ного аналізу³²⁰, не звертаючи уваги на відмінність, яка існує між системним підходом і системним методом, що неможливо визнати вірним. Системний підхід в юриспруденції дозволяє врахувати та використовувати усі можливості системного методу дослідження правових явищ, не обмежуючись інструментальною характеристикою метода.

У свою чергу системний аналіз як спосіб дослідження також повністю охоплюється дослідницьким полем системного підходу.

У другій половині минулого століття у науковому середовищі активно обговорювалося питання загальної теорії систем. Проведені дискусії, філософські та наукові розробки позитивно відобразилися не лише на розумінні систем, що існують у природі та в гуманітарній сфері, але й на можливості застосування системного підходу у різних галузях науки, у тому числі в юриспруденції³²¹.

Відомо, що методологічний підхід формує стратегію наукового дослідження. Така стратегія не може не урахувати аксіоматичного факту існування природних і соціальних явищ як систем. Життя є складною системою, що має певні фізичні межі, проте не має межових знаків духовного, світоглядного характеру. Світогляд не сприйняття усіх явищ і процесів, які формуються та існують у свідомості, закономірно проходять перевірку на їхню системність. Тому зрозуміло, що системність є вірною ознакою завершеності явищ, їхньої цілісності. Право отримує завершеність лише за умов його сформованості як цілісності, яку відображає його системність.

У цьому сенсі акцентується увага на праві як на об'єкті наукового дослідження. Саме тому можемо стверджувати, що те, що ми розуміємо під доктринальністю права, визначається його системністю.

Системний підхід до права передбачає застосування категоріального апарату і методологічного інструментарію, які дозволяють повністю розкрити властивості права, його ознаки, характеристики, виходячи із розуміння права як системи. Орієнтування на

³²⁰ Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): Підручник / О.Ф.Скакун. — Х: Еспада, 2006.- С. 29.

³²¹ Садовский В.Н. Основания общей теории систем. Логико-методологический анализ. / В.Н. Садовский. — М: Наука, 1974. — С. 82-85.

системний підхід у методології юриспруденції змушує дослідника звернутися, насамперед, до методів, які мають загальнонаукове значення. Меншою мірою системний підхід орієнтується на використання приватно-наукових методів дослідження. Однак вибір методологічного інструментарію залежить від об'єкта дослідження, від дослідника, його підготовки, досвіду, навичок та умінь, а в кінцевому результаті — від суб'єктивного бачення предмета і мети дослідження, що має вирішальне значення для самого процесу досягнення права і держави.

Необхідно чітко уявляти, що методика дослідження не може бути довільною, вибиратися абстрактно. Пізнавальна діяльність закономірно поєднує у рефлексивності свідомості суб'єкт і об'єкт пізнання, що дозволяє отримати нові грані знання і забезпечити отримання очікуваного результату від дослідницької діяльності. Системний підхід має високий рівень міждисциплінарності і поєднує у наукових пошуках інші методологічні підходи.

На цьому напрямі важливо звернути увагу на гносеологічний рівень раціоналізму в сучасних умовах. Раціоналізм в епоху постмодерну, на думку вчених, знаходиться у стані кризи. Зазначена обставина стала причиною появи теорій релятивізму, неораціоналізму, романтизму³²². Однак проблема кризи раціоналістичного мислення полягає не в можливостях пізнання, яке не має по суті будь-яких чітких меж, а в способах досягнення мети пізнання, яка в багатьох випадках є недосяжною внаслідок певної міфологізації.

Парадигма кризи раціоналізму підлягає критичному осмисленню. При цьому важливо розуміти, що криза раціоналізму як криза науковості пізнання може бути наслідком або помилки у виборі мети дослідження, або — нерозуміння характеру і методів досягнення мети дослідження. Утім, з більшою ймовірністю ми можемо говорити про те, що кризові явища раціоналізму визначаються привнесенням філософського, світоглядного до науки і пояснюються зосередженням уваги саме на досягненні об'єкта дослідження, на його світоглядній оцінці.

³²² Исаев Д. И. Иррациональное в праве (из опыта политической философии романтизма): Теоретико-методологические проблемы права / Д.А. Керимов. — М: ИКД «Зерцало-М», 2007. — Вып.2. — С. 161-170.

Системний підхід у методології юриспруденції взагалі і в загальнотеоретичній юриспруденції, зокрема, дозволяє визначитися у розумінні права як системного явища і, власне, на такому світоглядному розумінні будувати подальшу програму досліджень, наукових дій та пошуків. Системний підхід забезпечує раціональні основи наукових досліджень права, поєднуючи знання і розуміння, і таким чином попереджає від проявів кризи раціоналізму, про що прийнято останнім часом говорити у науковому юридичному середовищі³²³.

Стратегія системного підходу в юриспруденції заснована на сприйнятті системності усіх правових явищ, які поєднуються в праві. Право, у свою чергу, є складною соціальною макросистемою. Соціальність права виходить з його внутрішньої комунікативно-конфліктної природи, що повністю розкривається у взаємодії суб'єктів — важливих соціальних акторів, які мають властивість створювати, творити право за допомогою свідомої соціальної діяльності, соціальної практики. Слід приділяти особливу увагу неодномірному характеру соціальності і системним зв'язкам між її внутрішніми складовими³²⁴.

Однак соціальність права, з якою пов'язують діяльність, поведінку і взаємодію суб'єктів, відображається у нормативності права як найважливішій його властивості, що затверджує буття права, позначає його зміст.

Нормативність права нерозривно пов'язана із системністю, це виразно проявляється на усіх рівнях — від окремої норми до таких макроутворень, як публічне чи приватне право та у більш конкретизованих елементах права, якими є галузі або інститути права. Неможливо заперечувати той факт, що не менш виразно системність права проявляється у правовій практиці, у соціальній дії права, в юридичному процесі.

Системні зв'язки права мають усезагальний характер, і це необхідно враховувати у розгляді проблем системи права. Ось чому

³²³ Исаев Д.И. Иррациональное в праве (из опыта политической философии романтизма): Теоретико-методологические проблемы права / Д.А. Керимов. — М: ИКД «Зерцало-М», 2007. — Вып.2. — С. 5.

³²⁴ Кемеров В.Е. Общество, социальность, полисубъектность / В.Е.Керимов — М.: Академический проект;Фонд «Мир», 2012. — С. 119-121.

системний підхід в юриспруденції є визначальним у формуванні наукових досліджень, у забезпеченні їхньої ефективності, яка — і саме на цьому акцентувалася увага — може бути різною залежно від програми дослідження. Програма дослідження системи права передбачає використання системного підходу, а якщо більш широко — методології системних досліджень.

У розгляді різних систем, у тому числі системи права, важливою ознакою або ж — властивістю є їхня внутрішня здатність до самоорганізації. Самоорганізація дозволяє забезпечити певну незалежність формування та існування системи. Система права власною самоорганізацією зорієнтована на дію багатьох зовнішніх факторів, серед яких таким дієвим фактором є інститути державного впливу, його складного механізму, що чітко проявляється у правотворчій і правозастосовній діяльності. Однак не варто перебільшувати роль держави у формуванні системи права. Якраз системний підхід у цьому важливому процесі визначає тенденції розвитку системи права як цілісності, стійкості, функціональності за допомогою визначення інституціональних особливостей правових явищ.

Таким чином, системний підхід у наукових розробках системи права орієнтує на раціональність досягнення права, забезпечує рух до цілісності права, вимагає сучасного, постмодерного його розуміння, є ефективним у своїх можливостях і достатньою мірою забезпечує не лише потреби загальнотеоретичних досліджень права, але і прикладних юридичних наук, правової практики.

Системні дослідження права стосуються його аксіологічного виміру, розкривають складні зв'язки властивостей права і правових цінностей. Необхідно погодитися з тим, що зміст права і його сутнісні характеристики діагностуються через властивості права³²⁵.

Властивості права демонструють іманентно притаманні праву ознаки, дозволяють найближче підійти до розуміння сутності права і нарешті формують образ права. Варто визнати, що властивості права здебільшого виявляються у комунікативному поєднанні суб'єктів, тобто в інтерсуб'єктності правової поведінки і

³²⁵ Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под ред. Ю.Н. Оборотова. — О.: Фенікс, 2011. — С. 51.

менш виразно — в доктринальному вираженні їхньої системної численності.

Властивості права сигналізують про аксіологічні основи права і поєднують у змісті права його ідеалізоване начало — правові цінності.

В останніх дослідженнях загальнотеоретичної юриспруденції до властивостей права пропонується відносити загальнообов'язкову нормативність, інституційність, процесуальність, системність, владне (державне) забезпечення³²⁶. Існують дещо інші наукові позиції стосовно властивостей права, проте в цілому вони не суперечать одна одній по суті, і це важливо для послідовності думок з цього приводу.

Властивості права в аксіологічному вимірі розкривають основи власної цінності права і проявляються у формуванні правових цінностей. Важливим слід вважати визначення правових цінностей за допомогою розуміння юридичної природи права, яка не може подолати соціальне походження права і його існування в конкретних соціальних умовах, які формуються не тільки соціумом, але й індивідом унаслідок його соціальної активності. Система властивостей права (саме про системний характер існування властивостей права необхідно стверджувати, оскільки право основоположно є системою) продукує правові цінності, формує систему правових цінностей.

Правові цінності необхідно розуміти як вироблені безпосередньо правом сутнісні і змістовні явища, абстракції, які формують способи і можливості досягнення правових цілей. В юридичній літературі існує більш широке розуміння правових цінностей як правових феноменів, які визначають зміст, сутність і мету права, знаходяться в його основі і виступають засобами пояснення правової реальності³²⁷.

Телеологізація правових цінностей є необхідною, позаяк цього вимагає цільова спрямованість цінностей. Ніде так повно не

³²⁶ Общеотеретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под ред. Ю.Н.Оборотова. — О.: Фенікс, 2011. — С. 52-53.

³²⁷ Горобець К.В. Аксіосфера права та її компоненти: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12 «Філософія права» / К.В. Горобець. — О., 2012. — С. 6.

розкриваються особливості цінностей, як в характеристиці соціально підготовлених (вироблених соціальною практикою) цілей. Тому не випадково деякі вчені, зокрема Ю. М. Оборотов, відзначають наявність у змісті правових цінностей ціннісних орієнтирів, ототожнюючи фактично правові цінності і ціннісні орієнтири.

Цілі та ціннісні орієнтири виявляються важливими і, мабуть, багато у чому визначальними для системи права. Разом з тим слід дотримуватися виробленої правовою аксіологією позиції про відмінність цінностей права і правових цінностей.

Правовими цінностями є правовий порядок, конституція, закон, законність, суб'єктивні права і юридичні обов'язки, юридична відповідальність тощо. Утілення права в державі, в умовах формування і діяльності публічної влади призводять до поєднання аксіосфери права та аксіосфери держави і, як наслідок, виникнення такої правової цінності, як правова держава. Правова система, консолідуючи правові явища, утворює важливу правову цінність, яка реалізується у системі права, інститутах забезпечення права, правосудді тощо. Перелік правових цінностей залишається відкритим, що дозволяє дослідникам його наповнювати новими компонентами, новим змістом, орієнтуючись, насамперед, на юридичну природу права, тобто — на його властивості. Є усі підстави відносити до правових цінностей систему права у її аксіологічному вимірі.

Неможливо залишити поза увагою очевидний факт — властивості права самі по собі, а ще більше — за своїм онтологічним значенням утворюють певну правову цінність. Система властивостей права створює необхідні умови для його існування, формує, нарешті, сприятливий соціальний клімат для права, справляє визначальний вплив на правове життя з усіма її складними і різноманітними проявами. У цьому полягає цінність властивостей права, що, без будь-якого сумніву, дозволяє віднести властивості права власне до правових цінностей.

Деякі властивості права мають унікальний характер, особливому проявляються у праві, але більшість з них є універсальними у своєму існуванні. Висловлене стосується, у першу чергу, системності права. Правові цінності включені до аксіосфери права, яка має чітко визначені системні характеристики. При усьому своєму різноманітті, внутрішній неоднорідності правові

цінності утворюють своєрідну систему, вторинну стосовно аксіосфери права, проте вкрай необхідну для її існування.

Право не мислиться без його системності, інституціональності, загальнообов'язкової нормативності — внутрішніх властивостей і вимагає зовнішньої підтримки — забезпеченості публічною владою. Інтегрування властивостей права у систему правових цінностей реалізується за допомогою правотворчої діяльності. Загальнообов'язкова нормативність втілюється у формах (джерелах) права. Інституційність права проявляється у численних інститутах, які наповнюють усі рівні правової системи, об'єднують нормативні спільності і формують організаційне забезпечення права.

Загальна властивість права — системність, орієнтуючись на інституціональні ознаки, дозволяє об'єднати усі компоненти права, які мають різні ціннісні характеристики, зберігши при цьому їх цілісність і функціональне призначення.

Слід визнати, що аксіосфера права як проблема його філософського осмислення, не може бути визначальною у гносеології системи права, де обов'язково ціннісні характеристики права поєднуються з його нормативністю, орієнтуючись на досягнення певної мети. Останнім часом у загальнотеоретичній юриспруденції прийнято виділяти аксіосферу і нормосферу права як дві самостійні і водночас інтегровані системи, які характеризують право³²⁸. Відзначимо важливість такого розуміння права, однак зауважимо, що аксіосфера права — це світоглядна оцінка права, а нормативність права — його внутрішня властивість, яка наближає нас до розуміння сутності права. Ціннісні установки, нормативне начало права сприяють досягненню цієї мети за рахунок системної соціально-упорядкованої діяльності, де необхідно виділити функціональний аспект права — його регулятивність.

Соціальна діяльність і взаємодія суб'єктів, зазнаючи ціннісно-нормативного впливу права, по-різному проявляються у різних сферах соціальної дійсності. Така ситуація визначається особливостями комунікації індивідів, особливостями спрямованої на досягнення певної мети їхньої діяльності. Соціально-комунікативні

³²⁸ Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / [Ю.М.Оборотов, В.В.Завальнюк, В.В.Дудченко та ін.]; за ред. Ю.М.Оборотова. — Одеса : Фенікс, 2012. — С. 27-33.

взаємодії суб'єктів або ж, як прийнято в аналітичній юриспруденції, суспільні відносини, опосередковані метою, проходять складний процес інституціоналізації, який набуває правових ознак під впливом норм — певних правил поведінки суб'єктів соціальної активності.

Не будемо детально розглядати причини та особливості конструкції норм права. Прийmemo за основу, що у процесі соціальної комунікації досягнення значущої для учасників комунікативних зв'язків мети такі норми виникають внаслідок відтворення допустимих для всіх без винятку учасників дій, легітимізованих правом, або ж — утримання від певних дій. Важливим видається те, що характер поведінки у процесі комунікативної взаємодії суб'єктів виявляється різним, що залежить, насамперед, від способу впливу на поведінку і в цілому на комунікативну взаємодію індивідів, якщо ширше — на їхню діяльність.

Таким чином виникає особливе правове середовище щодо регулювання соціальної діяльності суб'єктів, особливі умови існування права у тій чи іншій соціальній обстановці, ситуації або по-іншому — певний правовий режим. Пошуки методологічної основи системи права, пройшовши непростий гносеологічний відбір за допомогою застосування системного підходу, дозволяють нам зробити висновок про формуючий вплив правового режиму на систему права³²⁹. Правовий режим поєднує діяльні ознаки поведінково-комунікативного існування суб'єктів (відносин між суб'єктами) зі способами нормативно-регулятивного впливу на їхню поведінку і досягнення визначеної самими суб'єктами або ж публічною владою мети.

Сучасні дискусії стосовно основи права пов'язані з нормою права або ж з процесом, чи з поєднанням одного з іншим.

Осягнення системи права як такої, що включає нормосферу і аксіосферу, не виключає того, що первинним елементом системи права є норма права. Вітчизняна традиція визнає норму права як первинне правило поведінки діяльного соціального суб'єкта. Норма права як унікальна мікросистема, звернена до окремих індивідів і до соціуму одночасно. Подальша побудова системи права

³²⁹ Богущкий П.П. Правовий режим: методологічні рівні дослідження / П.П.Богущкий // Право України, 2013, — № 1-2 — С. 320-322.

знаходиться повністю під впливом правового режиму, який визначає порядок і способи об'єднання норм права в інститути, підгалузі, галузі, у правовій спільності. Не можна не відзначити ціннісної складової у формуванні системи права, однак аксіологічний вимір права у формуванні його (права) системи зосереджується навколо мети правового регулювання як одного з елементів правового режиму. Саме тут реалізуються ціннісні орієнтири, система права набуває не лише конструктивних особливостей, але й отримує значущі для суб'єктів соціальної діяльності ознаки.

2.7. ДОСЛІДНИЦЬКІ ПІДХОДИ У КОНТЕКСТІ ТЕОРІЇ ПРАВОВОГО КОНТРАКТИВІЗМУ

Формування сучасної загальної теорії договору є проблемою, що має комплексний характер, оскільки вона охоплює усі без винятку рівні та напрями теоретичної та практичної юриспруденції. Це, з одного боку, дозволяє констатувати фундаментальний характер договірної проблематики для функціонування правових систем, а з іншого — створює суттєві складності для побудови релевантної методології, яка би могла бути рівно успішною при виявленні філософсько-правових, теоретичних, галузевих та прикладних характеристик договору. Відтак, методологічні засади правового контрактивізму заслуговують на особливо ретельний розгляд з урахуванням потреб дослідження, які виходять за рамки винятково загальнотеоретичної юриспруденції.

Варто підкреслити, що сучасні уявлення про методологію юриспруденції почали більшою мірою тяжіти до таких сфер знання, які складно розглядати як наукові, наприклад, феноменологія, герменевтика, антропологія тощо. Як зазначає Ю. М. Оборотов, «відбулися зміни у у самому розумінні змісту методології юриспруденції до поєднання у ньому інструментального і функціонального призначення методології»³³⁰. Поява все нових підходів до розуміння правової реальності, що В. С. Нерсесянц пов'язує з так

³³⁰ Оборотов Ю. Н. Изменение парадигмы методологии юриспруденции / Ю. Н. Оборотов // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». — 2013. — Т. XIII. — С. 38.

званою юридизацією об'єктивної дійсності³³¹, веде до ускладнення методології спеціальних досліджень, націлених на пояснення окремих аспектів правової реальності. І дійсно, поступове розширення меж методології, її вихід на проблеми більш широкого соціального характеру є важливим фактором у становленні правового контрактивізму. Насамперед, демонструє свою неспроможність обмеження досліджень договором винятково методами догматичної юриспруденції. Незважаючи на те, що у своєму бутті договір найчастіше проявляється саме на рівні правової догматики, зводити методологію його розуміння та пояснення винятково до догматичного методу нераціонально³³².

Поступовий відхід від догматичної методології в осягненні права аргументовано пояснив ще Р. Лукич у своїй відомій праці «Методологія права». Він закликав розрізняти «описову методологію, тобто ту, яка досліджує, які методи використовуються у дійсності, і директивну (нормативну) методологію, яка визначає, які методи слід застосовувати і яким чином»³³³. Можна констатувати, що у сучасній юриспруденції існує помітний ухил у бік нормативної методології. Це проявляється не лише в поширених закликах відмовлятися від юридичного позитивізму (які, щоправда, у більшості випадків є невинуватими), але й у формуванні нового методологічного дискурсу, спрямованого на вироблення актуальних підходів до пізнання права. Цю тенденцію Ю. М. Оборотов охарактеризував як рух від методології стану до методології розвитку правової системи³³⁴. Така методологія є більшою мірою рефлексивною та герменевтичною, а отже — менш науковою. Ненауковість «нового» правознавства, про яку писав Г. Радбрух, у цьому контек-

³³¹ Нерсисянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В. С. Нерсисянц. — М. : Норма-Инфра-М, 1998. — С. 66 с.

³³² Про це детальніше див. : [3]

³³³ Лукич Р. Методология права / Р. Лукич ; пер. В. М. Кулистикова ; под ред. Д. А. Керимова. — М. : Прогресс, 1981. — С. 28.

³³⁴ Оборотов Ю. Н. Методология состояния и методология развития правовой системы / Ю. Н. Оборотов // Развитие методологии современной юриспруденции : материалы 3-ї Міжнар. наук. конф. (Одеса, 12 квітня 2013 р.). — О.: Фенікс, 2013. — С. 10-13.

сті набуває нових рис, оскільки функціонування права та його пізнання перестають ототожнюватися з раціональною логікою^{335, 336}.

Таким чином, орієнтація сучасною юридичної методології на нові горизонти в осягненні права є закономірною та певною мірою вимушеною, оскільки вона є свого роду компромісом між прагненням до збереження «чистоти» юриспруденції та необхідністю пошуку нових ракурсів розгляду класичних проблем. Саме у цьому контексті розвиваються юридична герменевтика та антропологія, аксіологія і феноменологія права. Належачи більшою мірою до філософсько-правового дискурсу, ці сфери знань виробляють методологію, що є цілком застосовною на рівні загальнотеоретичної юриспруденції, яка сьогодні усе більшою мірою розвивається як система теорій середнього рівня, пов'язаних спільними фундаментальними уявленнями про концепт права.

Серед найадекватніших проблемам правового контрактивізму як загальної теорії договору підходів можна виділити феноменологічний, герменевтичний та аксіологічний. По-перше, вони пов'язані спільною дослідницькою логікою, а саме — спрямовані на з'ясування змістовних, а не формальних характеристик об'єкта (у цьому сенсі підходи, на відміну від методів, які можуть бути і кількісними, і якісними, завжди є якісними). По-друге, названі підходи розвиваються в руслі неklasичних уявлень про природу і призначення права.

З точки зору розвитку юриспруденції концептуальні засади феноменологічного методу та його застосування для дослідження правових феноменів були закладені А. Райнархом. Основною задачею його дослідницького пошуку було виявлення у праві деяких апіорних елементів, незмінних правових сутностей, які рівною мірою присутні в будь-якій історично конкретній системі правових норм і відносин. До числа таких апіорних правових феноменів

³³⁵ Не дарма відома ідея Г. Радбруха про законне безправ'я та надзаконне право [6] не може осмислюватися винятково з точки зору наукової раціональності. Існування надзаконного права лежить за межами позитивного знання, а тому його концепт може осмислювати винятково з точки зору ідей належного. Відтак, правознавство лише частково можна вважати наукою, а його методологію — методологією наукового гатунку.

³³⁶ Радбрух Г. Філософія права / Г. Радбрух ; пер. В. Приходько, Є. Причепія. — К. : Танем, 2006. — С. 38-39.

німецький філософ права відносив зобов'язання, правові вимоги, правову особу та соціальні акти (повідомлення, прохання, розпорядження, запити та обіцянки). Ці та інші ідеї А. Райнарх представив у роботі «Апріорні основи цивільного права», де особлива увага була приділена якраз проблемам договірної практики та імплементації законодавства у правозастосуванні. Зокрема, він виходив з думки, що саме в цих соціальних інститутах криються деякі первинні правові феномени, які слід сприймати як факти. При цьому їх пізнання та встановлення закономірностей зв'язків між ними відбувається не шляхом логічних умовиводів, а через інтуїтивне сприйняття. Правіжі³³⁷, встановлені у договорах, є первинними правовими феноменами, буття яких не залежить від будь-яких інших феноменів. Він пише: «не лише хибно, але й [...] нерозумно вважати правові зобов'язання продовженням позитивного права, так само нерозумно, як називати встановлення держави чи іншу історичну подію творінням юридичної науки³³⁸. Таким чином, договори з феноменологічної точки зору виявляються первинними відносно позитивного права, яке у запропонованому контексті постає як штучна, спрощена структура. Апріорність зобов'язань витікає не з їх позитивної природи, а з того, що вони є продовженням деякої універсальної правової структури.

Саме з позицій феноменології права вдається конструювати такі теоретичні конструкції, як правове життя чи правова реальність. Привертає увагу підхід, відповідно якого «головною [...] особливістю феноменології права є її орієнтація на дослідження актуального права як соціального процесу, який проходить у принципово «відкритому» життєвому світі³³⁹. Таким чином, феноменологія, насамперед, цікавиться конкретними проявами життєвого світу людини, юридичними фактами, що оточують його, нормативами, що утворюють його суспільний простір. Однак сьогодні

³³⁷ Тут і далі поняття «правіж» використовується як найбільш близьке за значенням до російськомовного поняття «правомочие».

³³⁸ Райнарх А. Апприорные основания гражданского права / А. Райнарх. — М. : Дом интеллектуальной книги, 2001. — С. 156.

³³⁹ Пантыкина М. И. Концепт «правовая жизнь»: опыт философско-феноменологической интерпретации / М. И. Пантыкина // Известия Уральского федерального университета. Серия 3: Общественные науки. — 2009. — Т. 69. — № 3. — С. 19.

можна стверджувати, що розуміння самого поняття «феномен» дещо змінилося, а дослідження феноменів взагалі розглядається як доказ науковості того чи іншого дослідження, на противагу дослідженням метафізичним.

Правовий договір поряд з такими феноменами, як індивідуальний правовий акт, правозастосування тощо виражає найбільш конкретні об'єктивовані явища правового життя суб'єктів права. Таким чином, правовий контрактивізм прагне, у першу чергу, виявити ключові характеристики договорів у правовій сфері, динаміку їх змісту, ефективність застосування і дії в контексті тієї чи іншої життєвої ситуації.

Необхідно підкреслити, що феноменологічний характер правового контрактивізму особливо яскраво проявляється, якщо поставити питання про те, що є предметом його наукового інтересу. У найзагальнішому вигляді можна визначити, що сфера знань про договір включає в себе, по-перше, поняття договору (сюди ж належить обґрунтування його ознак і атрибутів); по-друге, соціальні передумови договору як правового явища (механізми договірного забезпечення соціальної справедливості, вирішення конфліктів); по-третє, дію договору (договір як основний механізм координації в праві); по-четверте, вчення про суб'єкта договору (проблемні питання договірної правосуб'єктності); по-п'яте, компаративістику у сфері договірного права (дослідження ознак і компонентів різних різновидів договорів: цивільно-правових, міжнародних, внутрішньодержавних, адміністративних, у певних випадках — кримінально-правових тощо); по-шосте, роль договору у правотворчості і правореалізації. Цей перелік не є вичерпним, він постійно збагачується, наповнюється новим змістом³⁴⁰. Очевидно, що багато з представлених напрямків у рамках правового контрактивізму ґрунтуються на очевидних та досить типових складових правового життя будь-якого суспільства. Однак ці очевидності (наприклад, «договір — це одне з джерел права», «договір може укладатися між декількома суб'єктами» тощо) є, висловлюючись феноменологічно, аподиктичними, тобто очевидне зараз може стати сумнівним пізніше, опинитися видимістю, ілюзією. Таким чином,

³⁴⁰ Юдин З. М. Понятие и основание правового контрактивизма / З. М. Юдин // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — 2011. — Т. 10. — С. 311.

договір сам по собі є правовим феноменом, проте поле смислових і теоретичних смислів, що оточують його, може розглядатися лише гіпотетичного. Саме в такому контексті слід з обережністю ставитися до феноменологічної редукції, виносячи договір «за дужки» правової ситуації, в якій він був укладений, реалізований або ж порушений.

Акцент на ситуативності та соціальній детермінованості, властивий феноменології права, якраз дозволяє по-новому розуміти призначення договору в сучасному правовому житті. Тут слушною є думка О. І. Овчиннікова, що «найважливіша частина людської діяльності, а право за своєю природою пронизує саме цю частину, пов'язана з процесами інституціоналізації, що представляє собою типізацію узвичаєних дій діями різного роду»³⁴¹. Виходячи з цього, правовий контрактивізм як загальна теорія договору має на меті не лише створення універсальної юридичної конструкції договору з урахуванням усіх його різновидів, але й формування уявлення про договірну практику як інституціоналізовану систему юридичних вчинків. У цьому сенсі, договірна практика є відображенням життєвої сторони сучасного права, можливо, навіть більш яскравим, ніж правозастосовна та правореалізаційна.

Феноменологія договору у сучасному праві нерозривно пов'язана з проблемами інтерпретації. Для цього є декілька причин. По-перше, традиційними для юриспруденції є питання тлумачення договорів, які мають і практичне, і теоретичне значення. Цій темі у вітчизняній науковій літературі сьогодні приділяється значна увага, зокрема, за рахунок поступового розширення меж використання поняття «тлумачення права». Якщо раніше воно більшою мірою ототожнювалося з поняттям «тлумачення правових норм», то сьогодні охоплює й інші інтерпретативні складові правової системи³⁴². По-друге, сам концепт договору є глибоко плюраліс-

³⁴¹ Овчинников А. И. Герменевтико-феноменологическая концепция права. Часть 1 / А. И. Овчинников // Северо-Кавказский юридический вестник. — 2010. — № 2. — С. 16.

³⁴² Загальна теорія тлумачення договорів має розглядатися як невід'ємна частина теорії правового контрактивізму. З одного боку, це зумовлено специфікою інтерпретації цих правових актів, а з іншого — необхідністю подолання розриву між теоретичними розробками у цій царині та практикою правоінтерпретаційної діяльності [12].

тичним, а кількість можливих інтерпретацій його властивостей є значною³⁴³. По-третє, відбувається розширення смислових меж концепту договору, першою чергою, за рахунок зміни акцентів у механізмі дії права, коли відбувається перехід від монологічного регулювання до діалогічної координації. По-четверте, методологічний потенціал юридичної герменевтики, яка на сьогодні є чи не найпопулярнішою неklasичною версією праворозуміння^{344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351]} зумовлює актуальність використання ідей інтерпретації при дослідженні широкого кола правових феноменів, у тому числі, договорів.

Особливого значення це набуває у контексті становлення правового контрактивізму, для якого проблема тлумачення права виходить за межі проблем тлумачення винятково тексту. Як слушно зазначає В. В. Дудченко, основною проблемою юридичної герме-

³⁴³ Ідеться не лише про відмінності у відтінках між такими поняттями як договір, угода, конвенція тощо, але й про розуміння природи договору як правового феномену. Часто інтерпретація концепту договору ускладнюється тим, що, наприклад, в англомовній юриспруденції немає єдиного поняття для позначення усієї сукупності договірних актів, натомість є поняття *past, contract, treaty, agreement* тощо. Необхідність пошуку спільних соціокультурних знаменників для виявлення спільного та універсального розуміння договору зумовлює актуальність проблем інтерпретації.

³⁴⁴ Овчинников А. И. Юридическая герменевтика как правопонимание / А. И. Овчинников // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2004. — № 4. — С. 160-169.

³⁴⁵ Дудаш Т. І. Праворозуміння як прояв оцінювального пізнання: герменевтичний підхід / Т. І. Дудаш // Актуальні проблеми держави і права. — 2008. — Вип. 40. — С. 75-82.

³⁴⁶ Дудченко В. В. Про герменевтичний підхід до права / В. В. Дудченко // Актуальні проблеми держави і права. — 2009. — Вип. 45. — С. 11-16.

³⁴⁷ Стовба О. В. Що зветься герменевтикою права? Сенс і засади правової герменевтики / О. В. Стовба // Актуальні проблеми держави і права. — 2009. — Вип. 50. — С. 102-108.

³⁴⁸ Шелестов К. О. Праворозуміння та герменевтика / К. О. Шелестов // Актуальні проблеми держави і права. — 2009. — Вип. 50. — С. 108-114.

³⁴⁹ Честнов И. Л. Постклассическое правопонимание / И. Л. Честнов // Общественные науки и современность. — 2010. — № 5. — С. 157-162.

³⁵⁰ Зірк-Садовскі М. Завдання герменевтичної філософії права / М. Зірк-Садовскі // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 2. — С. 102-114.

³⁵¹ Сатохіна Н. Правова герменевтика між універсалізмом і контекстуалізмом / Н. Сатохіна // Філософія права і загальна теорія права. — 2013. — № 1. — С. 169-179.

невтики є не тлумачення, а розуміння³⁵². Відтак, у контексті юридичної герменевтики правовий контрактивізм є своєрідним стилем правового мислення, сферою, в межах якої уможлиблюється сприйняття права як збалансованої системи, в якій відбувається перехід від суверенітету держави до суверенітету окремих осіб. До речі, у літературі з юридичної герменевтики часто піддається критиці юридичний позитивізм за те, що він «намертво» прив'язує право до волі (сваволі) держави. За великим рахунком, це спрощення. Сучасний інклюзивний юридичний позитивізм (а подекуди й ексклюзивний)³⁵³ розглядають право як автономну відносно держави систему. Більше того, позитивісти при розгляді феномену правової системи взагалі не звертаються до ідеї державності, зупиняючись на концепті «публічних інституцій» (public authorities)³⁵⁴. Отже, правовий контрактивізм не лише можна інтерпретувати, виходячи з постулатів юридичного позитивізму — це невід'ємна складова договірної правового дискурсу.

Герменевтичні аспекти договорів, відтак, пов'язані не лише з їх тлумаченням. Характерною у зв'язку з використанням юридичної герменевтики є думка А. В. Полякова, який визначає правовий

³⁵² Дудченко В. В. Герменевтика права : розвиток юриспруденції : навч. посіб. / В. В. Дудченко, М. Р. Аракелян, В. В. Завальнюк. — О. : Фенікс, 2014. — 30-31 с.

³⁵³ На думку Дж. Коулмена, можна говорити про існування шести відмінних підходів до конструювання змісту права: (1) тільки соціальні факти зумовлюють зміст права (змістом права виступають факти індивідуальної та групової поведінки та звичні, типові правила, які за певних умов санкціонуються як правові); (2) тільки нормативні (у тому числі моральні) факти зумовлюють зміст права (усе, що право вимагає, забороняє та дозволяє, залежить від того, що є добрим, бажаним, цінним чи морально належним); (3) і соціальні, і нормативні факти зумовлюють зміст права; (4) соціальні факти необхідно зумовлюють зміст права; (5) нормативні факти необхідно зумовлюють зміст права; (6) і соціальні, і нормативні факти необхідно зумовлюють зміст права [22, р. 62-68]. Позиції (1) та (4) характерні для ексклюзивного юридичного позитивізму, в якому заперечується і онтологічний, і логічний зв'язок між правом та мораллю, позиції (2) і (5) характерні для інклюзивного юридичного позитивізму, який характерний для Г. Харта з його відомою тезою про «мінімум природного права в праві позитивному». Тези (3) та (6) характерні для не-позитивістів, наприклад, Р. Дворкіна.

³⁵⁴ Raz J. The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System / J. Raz. — 2nd ed. — New York: Oxford University Press, 1980. — 241, [IX] p.

договір як «правовий текст, що заснований на взаємному волевиявленні сторін, інтерпретація якого утворює правову норму — загальнозначиме та загальнообов'язкове правило поведінки»³⁵⁵. Такий підхід демонструє, що юридичний характер договірних приписів існує не сам по собі, а лише у зв'язку з пізнавальною діяльністю, спрямованою на з'ясування смислових та соціокультурних контекстів діючих у суспільстві регуляторів.

Герменевтичні детермінанти договору яскраво простежуються в інтерпретативній концепції Р. Дворкіна. В юридичній літературі підкреслюється, що ідея «права як цілісності»³⁵⁶, яка викладена англійським філософом права у його основній праці «Імперія права»³⁵⁷, націлена на обґрунтування іманентно герменевтичної природи права³⁵⁸. Герменевтична природа права як цілісності виражена в необхідності поєднання правового матеріалу та моральної теорії. На думку С. Геста, відомого британського коментатора

³⁵⁵ Поляков А. В. Общая теория права : Феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций / А. В. Поляков. — 2-е изд., доп. — СПб. : Юридический центр Пресс, 2003. — С. 647.

³⁵⁶ На жаль, адекватного перекладу англомовного словосполучення 'law as integrity', яке в оригіналі використовує Р. Дворкін, не існує. Найбільш поширений переклад «право як цілісність» є дуже наближеним, оскільки не відображає багатозначності слова integrity в англійській мові. Проблема в тому, що цілісність є лише одним із значень цього слова, тоді як інші — чесність, порядність, совісність тощо — випадають з контексту інтерпретації, що часто не дає змогу вловити ті конотації, які використовує англійський правознавець. Наприклад, англомовний вислів 'an integral person' означає не стільки цілісну людину, скільки порядну, тобто таку, в якій цілісно поєднано різні аспекти особистості. Використання такого багатозначного поняття Р. Дворкіном продиктовано декількома обставинами. По-перше, його прагненням показати, що в праві можливо поєднати моральні та юридичні судження на основі складної інтерпретативної роботи. По-друге, тим самим він прокладає своєрідний місток до теорії справедливості Дж. Ролза, який, як відомо, розумів її саме як чесність. Як бачимо, часто неможливість адекватного перекладу унеможлиблює правильне сприйняття філософсько-правових концепцій.

³⁵⁷ Dworkin R. Law's Empire / R. Dworkin. — New York : Harvard University Press, 1986. — 470 p.

³⁵⁸ І. М. Чурносов з цього приводу пише: «якщо гра в теніс не вимагає дебатів щодо того, якою є природа самої гри, то у випадку з правом дебати про його призначення і мету є невід'ємною частиною роботи практикуючих юристів. Для Дворкіна будь-який постулат теорії права є не більше ніж іще один аргумент у спорах між юристами» [26, с. 88].

В. Дворкіна, принцип цілісності вимагає, щоб право узгоджувалося у спосіб, відмінний від справедливості, згідно з якою правильний стан речей існує у суспільстві, і від чесності, відповідно до якої концепція рівності полягає в тому, що кожна точка зору має отримати право голосу у процесі обговорення. Цілісність означає, що право завжди має створюватись або інтерпретуватись так, щоб утворювати ціле, тобто як систему, в якій різного роду стандарти та принципи перебувають в узгодженому стані^{359, 360}.

Для договорів ці судження мають принципове значення з декількох підстав. По-перше, вони дозволяють представити договірні акти як елементи цілісної системи інтерпретації права, засновану не лише на нормах, але й на стандартах та принципах. Іншими словами, якщо аналітична юриспруденція, розглядаючи феномен договору, прагне до диференціації правових сфер (одна справа — сфера законодавства, зовсім інша — договорів), то Дворкін прагне підвести усю правову систему під один знаменник, яким, у кінцевому рахунку, виступає інтерпретація. По-друге, договори, так само, як і закони чи судові рішення, опиняються включеними до загального дискурсу пошуку юристами призначення права. Без звернення до договірної практики легітимізувати правову систему стає складно, якщо не неможливо. Нарешті, по-третє, інтегральна програма тлумачення дозволяє відійти від усталеної схеми сприйняття права у першу чергу, як законодавства. Дворкін наполягає на тому, що право — це, передусім, спосіб мислення та пошуку виправданого з точки зору принципів, стандартів та норм вирішення ситуації.

Таким чином, герменевтичні детермінанти правового контрактивізму напряму пов'язані зі складними питання праворозуміння, дискурсу та розгляду права як нормативної та ціннісної цілісності. У цьому контексті договори постають одразу у декількох іпостасях: як тексти, як феномени, як артефакти інтерсуб'єктивної взаємо-

³⁵⁹ З точки зору концепції Р. Дворкіна, відмінність принципів та стандартів як складових права від норм полягає, у тому числі в тому, що вони можуть один одному суперечити. Відтак, конкуренція принципів чи стандартів утворює більш складну правозастосовну ситуацію, ніж конкуренція правових норм.

³⁶⁰ Гест С. Інтерпретація права / С. Гест // Філософія права і загальна теорія права. — 2014. — № 1-2. — С. 48.

дії. Інтерпретація ролі договорів, з урахуванням розширення меж використання договірних механізмів у сучасному праві, є однією з задач правового контрактивізму як загальної теорії договору, що спрямована на виявлення усіх його характеристик.

У контексті теорії правового контрактивізму в новому світлі постає питання правових цінностей як основоположних ідейних підстав правової сфери, а особливо — критерії вибудовування їх ієрархії і механізмів взаємодії. Так, з урахуванням вищесказаного, правовий контрактивізм передбачає центрування правового життя навколо суб'єкта в праві як носія суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Сам факт наявності прав і обов'язків перетворює такого суб'єкта на учасника широкого спектра договорів, предметом яких виступають правовий порядок, правовий режим, особливості державного устрою, на більш низькому рівні — правила правових комунікацій, укладання угод тощо. При цьому показово, що всі ці договори тільки в тому випадку будуть ефективними, якщо права та обов'язки кожного суб'єкта будуть здійснюватися ним відповідно до очікувань інших суб'єктів, що знову веде до контрактивізації усієї системи правових комунікацій.

Важливо підкреслити, що сам договір, який традиційно трактують у площині системи джерел права та індивідуальних правових актів, навряд чи вичерпує власну цінність в контексті здатності бути результатом оформлення волі учасників правовідносин. Не можна не відзначити, що існування договору як джерела права не обмежує інших його іпостасей, а саме: засобу правового координативізації (і тут договір має унікальні властивості), елемента інституційної структури правової сфери, мови стратегічної комунікації у праві.

Із цих позицій розкривається ще один ряд правових цінностей: правова координативізація, мова права, договірної правопорядок. При цьому важливо підкреслити, що в контексті інституціоналізації договірних відносин перебуває не тільки правове життя, але і правова наука, у зв'язку з чим підкреслюється статус і методологічне значення так званих конвенціональних понять³⁶¹, а тому сама юриспруденція включена у розбудову правового контрактивізму.

³⁶¹ Честнов И. Л. Актуальные проблемы теории государства и права : учеб. пособие. / И. Л. Честнов. — СПб. : ИВЭСЭП ; Знание, 2004. — С. 10-20.

Тут цікавою є точка зору, відповідно якій розвиток сучасної юриспруденції характеризується акцентом на тих аспектах права, які наскрізно проходять через усю його структуру, а тому представлені і на рівні наукового знання про право, і на рівні позитивного права, і на рівні юридичної практики.

З точки зору використання правової аксіології як підходу до розуміння феномену договору важливо звернути увагу на його властивості. І дійсно, реалізація положень договору, а також його основоположні властивості завжди перебували в центрі уваги правознавців. Серед конститутивних властивостей договору називалися рівність сторін, свобода, справедливий зміст та багато іншого^{362, 363}. У той же час, сьогодні складно стверджувати, що договори існують як вільні і справедливі угоди формально рівних учасників, оскільки переважна їх більшість такими не є. Із цієї точки зору важливо усвідомлювати той факт, що властивості та ознаки явища не є його тотожними характеристиками. Тут слушною є позиція А. І. Уйомова, який стверджує, що властивість є таким дескриптором речі, який дозволяє вирізнити цю річ через її атрибутивні характеристики (при цьому одна річ може виражатися в різних формах); тоді як ознака є характеристикою конкретної одиничної речі³⁶⁴. Тим не менш, і формальна рівність, і свобода і справедливість є найважливішими правовими цінностями, що лежать в основі будь-якого, навіть самого недосконалого договору. Відсутність у них статусу властивостей договору не означає, що вони не несуть у собі потужний ціннісний потенціал.

Таким чином, становлення теорії правової контрактивізму вимагає розробки системи правових цінностей, що існують в контексті примату договору в механізмі дії права, спрямованих на встановлення координаційних, рамкових правил поведінки. Договірна проблематика у правовій сфері сьогодні повинна стати централь-

³⁶² Казанцев М. Ф. К вопросу об общей теории правового договора / К. Ф. Казанцев // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. — 1999. — Т. 1. — С. 179-196.

³⁶³ Погребняк С. Договір: загальнотеоретичне розуміння / С. Погребняк // Вісник академії правових наук України. — 2011. — № 4. — С. 17-28.

³⁶⁴ Уемов А. И. Вещи, свойства, отношения / А. И. Уемов. — М. : Издательство АН СССР, 1963. — С. 75-76.

ною ланкою при вирішенні питань про природу, систему і реалізацію найважливіших правових цінностей сучасного суспільства.

Як зазначає М. П. Орзіх, доповнення сутнісно-змістової характеристики правових явищ їх аксіологічного характеристикою не тільки дозволяє розширити методологію юридичних досліджень, але і включити в загальний юридичний світогляд ті зрізи правової реальності, які раніше були незримі³⁶⁵. І дійсно, аксіологічний погляд на властивості договору дає зовсім іншу, більш глибоку і цілісну картину його соціального призначення.

У цьому зв'язку найважливішою властивістю договору виступає його дистрибутивність, яка в історії правової думки знайшла своє вираження, у першу чергу, у договірній теорії права. Визнання універсальності договору як єдиної підстави легітимності існуючої правової системи, як зазначав О. Гюффе, наводить на думку про те, що цінності існують не тільки як колективні дискурси, але і як канали розподілу благ³⁶⁶. Дистрибутивність договору означає його націленість на загальність визнання цінностей в контексті локального і глобального дискурсів. Наприклад, на рівні приватного права дистрибутивність договору виражається в його обопільності, а на рівні публічного права — засобом визнання тих чи інших цінностей.

Ще одна важлива властивість договору, що дозволяє йому виступати одним з найбільш значущих компонентів правової реальності — це конвенціональність, яка стає ключовою характеристикою сучасного права. Саме завдяки договору люди самі творять для себе право. Причому те право, яке твориться фізичними та юридичними особами з власної волі і по своєму інтересу шляхом укладення договорів, — це і є в повному розумінні цього слова приватне право. Постійне розширення сфери приватного права і посилення його ролі у правовій системі наводить на думку про те, що цивілізм, про який писав В. С. Нерсисянц³⁶⁷, можливий лише в

³⁶⁵ Орзіх М. Ф. Личность и право : монограф. / М. Ф. Орзіх. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — С. 84.

³⁶⁶ Хёффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / О. Хёффе. — М. : Гнозис ; Логос, 1994. — С. 111.

³⁶⁷ Нерсисянц В. С. Манифест о цивилизме. (Национальная идея России во всемирно-историческом прогрессе равенства, свободы и справедливости) / В. С. Нерсисянц. — М.: ИГИП РАН, 2000. — С. 59.

договірній формі. Тут свобода, рівність і справедливість як фундаментальні аксіологічні характеристики права знаходять індивідуалізовану форму та втілюються в конкретних правових актах і відносинах.

Нарешті, така властивість договору, як його інтегративність, тобто включеність одночасно в декілька загальносоціальних дискурсів, дозволяє йому діяти в контексті різних ціннісно-нормативних систем. Зв'язок договору з моральною сферою, яку яскраво продемонстрував М. М. Алексєєв³⁶⁸, виражена в тому, що в правовій сфері договір виступає специфічним оформленням обіцянки, причому договір і обіцянку об'єднує спільна ціннісна мотивація, різняться лише форми. У контексті релігії договором все більшою мірою надається значення як найважливішого елемента соціального буття людини. Деякі сучасні релігійні філософи стверджують, що будь-яке слово зобов'язує незалежно від того, чи є воно обіцянкою, клятвою або договором, і кожне порушення слова має розглядатися як гріх. Єдина онтологія гріха, невиконання обіцянки і порушення договору підкреслює їх єдину соціальну цінність. Таким чином, договір існує як правове явище, яке характеризується дистрибутивністю в розподілі цінностей, конвенціональних в їх формуванні, та інтегральністю у їх захисті. Єдність цих властивостей забезпечує його соціальну цінність як найважливішого компонента правового життя сучасного суспільства.

Правовий контрактивізм, сформований і мислимий як такий аспект правової реальності, що пронизує усі її компоненти та рівні, втілює у собі як основні ідеї юридичної антропології (договір як засіб формування неофіційного права, сформованого на основі компромісного визнання свободи та відповідальності), так і правової аксіології (властивості договору: дистрибутивність, конвенціональність, інтегративність виступають одночасно ключовими аспектами його ціннісного представлення). Це дозволяє говорити про правовий контрактивізм як складову загальнотеоретичної юриспруденції, яка відповідає вимогам та тенденціям сучасної доби та дозволяє розкрити ті фундаментальні підстави права, які лежать за межами його догматичного розуміння.

³⁶⁸ Алексєєв Н. Н. Основы философии права / Н. Н. Алексєєв. — СПб. : Лань, 1999. — С. 90-91.

2.8. КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЯ СЛОВ'ЯНСЬКОГО ПРАВА У СУЧАСНИХ ЮРИДИЧНИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ

Що являє собою слов'янське право, які його джерела і система й у чому складається його специфіка? На ці та багато інших питань намагаються відповісти вчені протягом більш ніж двох сторіч.

Початок процесу вивчення слов'янського права покладено у першій половині XIX ст., коли російські історики і правознавці, почали використовувати у своєму арсеналі історико-порівняльний метод, застосовувавши його до дослідження історії давньоруського права у рамках права всіх слов'янських племен взагалі³⁶⁹. Так, М.Д. Іванишев, історико-порівняльним методом досліджував слов'янські законодавства або «слов'янське право»³⁷⁰. Вагомий внесок в дослідження слов'янського права зробив В. А. Мацеевський, випустивши «Історію слов'янських законодавств» (польською мовою). Крім цього серед найактивніших прихильників історико-порівняльної розробки слов'янських законодавств або «слов'янського права» можна назвати: М. Ф. Владимирського-Буданова, М. П. Загоскіна, А.М. Філіпова, В. В. Богішича, Ф.І. Леонтовича.

Слід зазначити, що М. Ф. Владимирський-Буданов першим на основі порівняльного вивчення правових звичаїв і почасти норм писаного права виокремив галузь «слов'янського права». Особливістю був розгляд цих питань у національно-історичній площині. Ученого цікавив факт виникнення і розвитку держави та права певної нації, тому він вів мову про французьку, німецьку, російську державу та право, знаходячи в них, за наявності деяких спільних відправних рис, специфічні ознаки походження й розвитку. При цьому вивчення руського права здійснювалося відповідно до історії слов'янських законодавств, тому що «предмет руського права є ближчим до історії слов'янських законодавств... і доцільніше ви-

³⁶⁹ Загоскин Н.П. История права русского народа. Лекции и исследования по истории русского права. Т. 1. / Н.П. Загоскин — Казань : тип. Ун-та, 1899. — С. 98-99

³⁷⁰ Сочинения Н.Д. Иванишева изданные изданием Университета св. Владимира. Отд. 1-2 : Отдел первый : Исследования по истории славянских законодательств; Отдел второй : Исследования по истории югозападного края / под ред., с предисл.: А.В. Романович-Славатинский; под ред.: К.А. Царевский / Н.Д. Иванишев — Киев : Унив. тип., 1876. — С. 82.

вчати історію слов'янських законодавств не як окремий предмет, а ввести її в історію руського права як найважливіший елемент при порівняльному вивченні науки...»³⁷¹.

М. Ф. Владимирський-Буданов був переконаний в існуванні слов'янського права як цілого, незважаючи на повну політичну роз'єднаність племен. Право болгарське, сербське, хорватське, чеське він знаходив навіть у ті століття, коли ці народи не мали власної державності. Слід зазначити важливість розуміння існування права окремих народів. Можливою є історія права деяких держав, на які поділився один народ. Тому є актуальною теза, що спільною «родовою сферою» права всіх слов'ян є слов'янське право³⁷².

Цікавими у цьому зв'язку є дослідження права Польщі й Литви. М. Ф. Владимирський-Буданов категорично заперечує зникнення польського й литовсько-руського права під впливом німецького права, а навпаки наполягає на тому, що і польське, і литовсько-руське право набули особливого забарвлення, що і стало вирізняльною рисою саме польського права, наприклад, щодо східно-руського права³⁷³.

На підтвердження ідеї слов'янського права можна навести приклад зі «Зводу законів слов'янських», виданого в 1880 р. Герменом Іречеком, у передмові до якого говориться: «великим, привабливим завданням є вказати в законах слов'янських, що в них своє, що чуже, побачити — у чому юридичний погляд слов'янських народів є однаковим, і в чому різний; нарешті дослідити, які юридичні установи слов'янські є схожими з юридичними установами інших народів, а які різними».

Таким чином, слов'янське право необхідно розглядати як єдине ціле. Не можна не думати про єдність та цілісність слов'янського права, якщо враховувати дроблення усередині слов'янської нації. Єдність слов'янського права саме досягається самотутнім розви-

³⁷¹ Владимирский-Буданов М.Ф. Отчет о годичной командировке 1880 — 81 гг. / М.Ф. Владимирский-Буданов // Университетские известия. — К., 1881. — № 11. — С. 2.

³⁷² Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права / М.Ф. Владимирский-Буданов. — К. : Университет, 1908. — С. 40.

³⁷³ Владимирский-Буданов М.Ф. Немецкое право в Польше и Литве / М.Ф. Владимирский-Буданов — СПб., 1868. — С. 33-34.

тком права у кожній слов'янській нації³⁷⁴. Ця ідея активно пропагувалася Л. Штуром в роботі «Слов'янство й світ майбутнього». У цій роботі автор наполягає на ідеї «національного слов'янського відродження»³⁷⁵. Тема слов'янського відродження є також досить значною у творчій спадщині М. П. Драгоманова, який розглядав ідею слов'янського відродження у політичному, національному і суспільному значенні, не тільки в цілому, але й кожної слов'янської народності окремо³⁷⁶. Він вважав, що забуття власних суспільних устоїв, ідеології, моралі неминуче перетворює націю на об'єкт безсоромного маніпулювання і потім експлуатації з боку інших цивілізацій³⁷⁷.

Сьогодні по-новому виглядає концепція слов'янського права, що базувалася на ідеї «демократичних» рис, до яких відносять «народоправство», общинне землеволодіння, перевагу особистих якостей над походженням, договірну основу у сімейному праві, двоїстий характер батьківської влади, оцінку злочину за «кількістю злої волі», а не за «походженням», як у німецькому праві.

Варто зазначити, що демократичні риси слов'янського права досліджував В. В. Богішич у своїй праці «Збірник нинішніх правових звичаїв у Південних слов'ян». В. В. Богішич посів чільне місце в історії слов'янської науки своїми працями з розробки звичаєвого права слов'ян. Його «Pravni obicaji u Slovena» мало головною метою довести вченому світу, що в народному житті збереглося чимало стародавніх звичаїв, які продовжують діяти. Твір цього автора було складено на основі опублікованих джерел, але сам він усвідомлював, що одні друковані джерела — це обмежений матеріал для повного й систематичного вивчення цього настільки важли-

³⁷⁴ Рязанов М.Ю. М.Ф. Владимирский-Буданов про слов'янське законодавство та право / Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. — Вип. 48 / Редкол. : С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін. : відп. за вип. Ю.М. Оборотов / М.Ю. Рязанов — О. : Юрид. л-ра, 2009. — С. 71.

³⁷⁵ Штур Л. Славянство и мир будущего / Л. Штур — СПб : тип. Министерства путей сообщения, тов. И.Н. Кушнерев и Ко, 1909. — С. 151.

³⁷⁶ X Всеукраїнська славистична конференція «Духовне відродження слов'ян у контексті європейської та світової культури» : тези доповідей. Т. 2. — Чернівці : ЧДУ, 1992. — С. 146.

³⁷⁷ Русско-славянская цивилизация: исторические истоки, геополитические проблемы, перспективы славянской взаимности. — сб. статей / отв. ред Е.С. Троицкий. — М., 1998. — С 17-40.

вого предмета, що необхідним є безпосереднє вивчення звичаєвого права, безпосередня оцінка джерел права³⁷⁸.

Проведена ним в 1866 р. колосальна робота зі збору таких звичаїв («*Naputak za sabiranje pravnih obicaja, koji žive u narodu*») надалі послужила відправною точкою для досліджень Єфименка (1870 р.) і Майнова (1875 р.), сприяла глибинному проникненню до джерел формування права суспільного й державного, а саме — народних поглядів на ці процеси. На основі зібраних В. В. Богішичем даних можна побачити подібність напряму думок в усіх слов'янських народів. Згідно із зібраними звичаями, слов'янські народи об'єднуються на основі общинного принципу, незважаючи на різні його варіації. Так, єдиним для всіх слов'ян є об'єднання людей для досягнення загальної мети, що у руських слов'ян називається складчиною, у південних слов'ян — задругою, які, у свою чергу, об'єднувалися в артілі як вид трудових асоціацій, а в південних і західних слов'ян утворювалися спряги. Способом об'єднання всієї робочої сили у всіх слов'ян для виконання роботи (обробки землі, збору врожаю) був звичай «спрягатися». Так, у поляків розвитку набула «спряга», що означала об'єднання у пару коней, що належали різним селянам, з наступним поділом видобутку навпіл, у руських цей вид об'єднання йменувалася «помоч» або «толока» у малоросів — як допомога сусідам у побуті. У південних слов'ян такий вид допомоги односібцям зветься «моба» (від слова «молба», що означає прохання), з єдиною відмінністю, що у південних слов'ян, у випадку такого об'єднання громадян, той, хто покликав на допомогу, повинен нагодувати того, хто допомагає, і не повинен йому платити або ділити дохід. Схожий вид кооперації простежується у чорногорців у вигляді «радхе» — робота й «помоћ на узajмицу» — допомога із взаємністю.

Як зазначав В. В. Богішич, вивчення слов'янського права становить важливу галузь загального слов'янознавства, і його вразила байдужість до цього предмета у слов'янських країнах як з боку керівництва університетів, так і з боку уряду. У своєму звіті про зарубіжне відрядження В. В. Богішич писав, що єдина кафедра

³⁷⁸ Bogisic V. A. Pravni obicaji u Slovena. Privatno pravo. — Zagreb : Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti — 1867. — S. 98

слов'янського права була заснована у Загребі, а також у двох університетах Польщі (Краківському і Львівському) і в Австрії³⁷⁹.

Слід зауважити, що предмет слов'янського права ще не набув цілком твердих основ, відрізняється фактичною неповнотою, уривчастістю й недостатньою розробкою. У вивченні слов'янського права, насамперед, значущими є загальні основи права, тобто істотні риси історичного життя слов'ян, ті відносини, які визначають історичне життя народу, а саме: територіальні відносини, кліматичні, етнографічні, психологічні, економічні, соціальні тощо. Розробка слов'янського права пов'язана не тільки зі звичаєвим правом, але зі ставленням до писаного права слов'янського племені: співвідношення окремих нормативних положень між собою й у цілій системі права; ставлення одного слов'янського племені до інших. Значущим є також міжнародний вплив у галузі права, умови зовнішнього і внутрішнього життя слов'янських народів³⁸⁰.

Наприклад, В. В. Богішич, ретельно дослідивши законодавство слов'ян, дійшов висновку, що діючі в південних слов'ян закони запозичені здебільшого у країн, що мають зовсім інші суспільні відносини. При запозиченні законодавці не враховували особливостей історичного розвитку південних слов'ян, які протягом століть наклало на них свій відбиток. Особливо шкідливою є неузгодженість писаних законів зі звичаями народу³⁸¹.

Саме порівняльне вивчення слов'янських законодавств здатне пролити світло на самобутність слов'янського права й слов'янської культури. Після складання В. В. Богішичем Цивільного кодексу Чорногорії він абсолютно переконався у тому, що для ефективності законодавства, для належної асиміляції його народом є необхідним, крім вивчення зовнішньої подібності права, більш глибоке проникнення у внутрішній його характер, у його властивості³⁸².

³⁷⁹ Богішич В.В. Отчет ординарного профессора Богішича В.В. о заграничной командировке // Записки Императорского Новороссийского университета. — Т. V. / В.В. Богішич — Одесса, 1870. — С. 47.

³⁸⁰ Рязанов М.Ю. Вальтазар Богішич об исследовании славянского права — важной составляющей славяноведения / М.Ю. Рязанов // Юридический вестник, 2008. — № 3. — С.16.

³⁸¹ Богішич В.В. О научной разработке истории славянского права / В.В. Богішич — СПб : Балашев, 1870. — С. 16.

³⁸² Богішич В.В. По поводу ст. Ф.И. Леонтовича «Заметки о разработке обычного права» / В.В. Богішич — СПб. : Балашев, 1880. — С. 20.

Наприклад, положення давньонімецького спадкового права, що порівнювалися з подібним положенням у слов'ян, свідчать про те, що їх затверджено на різних підставах, вони відрізняються різними внутрішнім характером і напрямком.

Слов'янське законодавство представляє ще й іншу особливість. Тоді як у неслов'янських країнах установлення «писаних» законів вело до єдності й централізації, до узагальнення права, у слов'ян відбувається прямо протилежне. У них «звичаєве право» треба вважати об'єднуючим принципом окремих племен, «писане» ж право, законодавство породжують поділ і розкол. Народ не поважає законів, які не відповідають його дійсним потребам. Нав'язуючи закони силоміць, законодавець не досягає мети, такі закони якщо й приймаються народом, то тільки як зовнішні, вони не проникають усередину його і негативно впливають, руйнуючи старі поняття про право, коли нові не асимілюються народом. При цьому протидія народу змушує часто змінювати основи права, що розхищує авторитет законів³⁸³. «Право — це творіння людського духу: чи то загальнолюдської свідомості, чи то загальнолюдського переконання. Воно (право) є спільною волею всіх членів суспільства. Народний дух є джерелом людського і природного права», — зазначає В. В. Дудченко³⁸⁴. Це перегукується з тим, що «на народному дусі, справедливості й вірі тримається все слов'янське право»³⁸⁵.

Серед інших дослідників слід указати на М. П. Загоскіна, що енергійно пропагував «слов'янське право» і ратував навіть за особливий метод розробки історії давньоруського права, який він назвав «порівняльно-слов'янським». Можна назвати також А. М. Філіппова, який спробував теоретично обґрунтувати виокремлення «слов'янського права» як особливої галузі правознавства³⁸⁶.

Поряд із переконаними слов'янистами, опанувавши конструкції «слов'янського права», «німецького права» і «французького пра-

³⁸³ Богишич В.В. Сборник нынешних правовых обычаев у южных славян / В.В. Богишич // Знание, 1875. — № 3. — С. 34.

³⁸⁴ Дудченко В.В. Традиція правового розвитку : плюралізм правових вчень: монографія / В.В. Дудченко — О. : Юрид. л-ра, 2006. — С. 111.

³⁸⁵ Кадлец К. Первобытно словенско право пре Х века / К. Кадлец — Београд : книжарнице Геце Кона, 1924. — С. 26

³⁸⁶ Филиппов А.Н. Учебник истории русского права / А.Н. Филиппов — Юрьев : тип. К. Маттисона, 1907. — Ч. 1. — С. 9-11.

ва», історик руського права М. А. Д'яконов писав, що ніхто не може пояснити, звідки ж з'явилося спільнослов'янське право. На думку дослідника, буде перебільшенням виокремлення слов'янського права, ґрунтуючись тільки на спільності слов'янської мови. Однак думка М. А. Д'яконова не витримує критики, оскільки у стародавніх літописах слово «мова» розумілася як «нація», а «спільність слов'янської мови» охоплює собою не тільки спільність мови, але й спільність побуту і права³⁸⁷. «Право — це не випадковий продукт діяльності окремих осіб, а результат єдності психічних і фізичних законів людської природи. Цим пояснюється подібність багатьох правових норм слов'янських племен»³⁸⁸. Аналізуючи масив слов'янського законодавства, можна погодитися зі стійким розумінням системи права того часу, яка знала поділ права, однак цей поділ слов'янського права належить до більш пізнього періоду.

Слід також зазначити, що стародавнє право слов'ян, на відміну від більш пізніх його конструкцій, практично позбавлено абстрактності. Казуїстичність норм стародавнього слов'янського права підтверджується наявністю у їхньому змісті згадувань імен героїв, Богів. Таким чином, можна констатувати збіг форм права з народною творчістю, пройнятою міфологічним змістом.

Сьогодні йде бурхливий процес бродіння, в якому кришталізується нове слов'янське право. Його зміст замутнено багатьма чужорідними правовими моделями. І тим не менше воно вже живе в нових законодавчих актах, у нових правових доктринах і, що найголовніше, в оновленій правосвідомості. У ньому все голосніше заявляють про себе такі цінності, як християнська віра, духовність, єднання, національна самосвідомість, пряме народне правління і милосердя. Ці цінності — правова спадщина слов'ян.

Найбільш явно зв'язок сучасних правових положень можна помітити в преамбулах конституцій держав, які належать до слов'янського світу.

³⁸⁷ Лафитский В.И. К вопросу об истоках славянской государственности / В.И. Лафитский // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2009. — № 2. — С. 36.

³⁸⁸ Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права / М.Ф. Владимирский-Буданов — М. : Территория будущего, 2005. — С. 323

Тексти більшості Конституцій слов'янських держав відкривають такі положення, як демократичність і суверенність у виробленні шляху розвитку, що саме громадяни є джерелом правди і справедливості, є рівними в правах і обов'язках по відношенню до загального блага і встановлюють їх як універсальні цінності. Крім цього більшістю сучасних держав на конституційному рівні наголошується необхідність збереження зв'язків з предками та збереження християнської спадщини... і загальнолюдських цінностей, продовжуючи найкращі традиції. Ці положення виокремлені з тексту положень Польської конституції, але, що характерно, таке ж звучання мають преамбули конституцій Росії, України та Білорусі, Чехії та Словаччини, Хорватії та Словенії, Сербії та Чорногорії, Болгарії та Македонії, Боснії і Герцеговини. Всі вони виходять з необхідності відновлення втраченого зв'язку минулих часів, збереження спадщини предків, становлення сучасних держав.

Правова спадщина минулого визначає багато рис слов'янського права. Особливу увагу норми слов'янського права приділяють соціальним питанням, що не випадково, оскільки християнські ідеали соціальної справедливості, соціальної єдності і милосердя завжди були невід'ємною частиною загальної правової свідомості слов'ян.

У цьому зв'язку відзначимо першу статтю Конституції Сербії, в якій стверджується, що держава сербського народу заснована на цінностях соціальної справедливості. Або ст. 35 Конституції Македонії, яка вказує, що «держава піклується про соціальний захист і соціальну безпеку громадян на основі соціальної справедливості». Частина 1 ст. 55 Конституції Словаччини проголошує, що економіка країни «ґрунтується на принципах соціально та екологічно орієнтованого ринкового господарства». Примітними, на підтримку зазначеного положення, можуть бути ст. 5 і 6 Конституції Польщі, які закріплюють, що держава «стоїть на варті незалежності та непорушності своїй території, забезпечує свободи і права людини і громадянина, а також безпеку громадян, стоїть на сторожі національної спадщини... створює умови для поширення благ культури, яка є джерелом самобутності нації...».

Конституція України також закріплює обов'язки держави «забезпечувати соціальну спрямованість економіки» (ст. 13), гаранту-

вати свободу політичної діяльності (ст. 15). А Конституція Словенії вимагає, щоб держава захищала права людини, піклувалася про збереження природних багатств і культурної спадщини, створювала «умови для гармонійного розвитку цивілізації і культури Словенії» (ст. 5)³⁸⁹. Співзвучні норми закріплені в конституціях інших держав.

Не можна обійти увагою ряд положень, які позначають обов'язки держави щодо закріплення майнових прав держави на природні ресурси.

Так, ст. 13 Конституції Беларусі вказує, що «надра, води, ліси складають виняткову власність держави...», а також що закон може визначити інші форми власності.

Конституція Болгарії подібним чином визначає виняткову власність держави на блага, які надані природою і мають національне значення, передбачає особливий режим землі як національного багатства, яке користується особливим захистом держави і суспільства (ст. 21).

Аналогічні норми включені до тексту Конституції Словаччини (ст. 4), крім того закріплюється інше майно, «необхідне для забезпечення потреб суспільства, розвитку національної економіки та публічного інтересу» (ч. 2 ст. 20).

Подібне закріплення правового становища майнових особливостей відзначається і в Конституції України (ст. 13): «земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України ... є об'єктами права власності Українського народу». Крім того, ст. 14 Конституції особливо підкреслює, що «земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави».

Близькі за змістом норми встановлені Конституцією Чехії (ст. 7). А Хартія основних прав і свобод 1991 вказує, що закон може встановлювати, «яке майно, необхідне для забезпечення потреб суспільства, розвитку національної економіки та публічного інтересу, може знаходитися тільки у власності держави, громади яких певних юридичних осіб» (ч. 2 ст. 11 Хартії основних прав і сво-

³⁸⁹ Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. — Том 1 / В.И. Лафитский — М. : Статут, 2010. — С. 215.

бод). Інші конструкції, які зберігають особливі майнові інтереси держави, закріплені в ряді інших конституцій.

Ці положення не явно, але підтверджують необхідність подальшого відродження і розвитку такої особливості слов'янського права, як інститут власності. Інститут власності у слов'янському праві відрізняється ранньою регламентацією і носить більш справедливий характер у розподілі майна на відміну від законодавства не слов'янських держав. Положення Еклоги датуються VII ст. і закріплюють «вирівнювання майнового режиму чоловіка й дружини.... Майно дружини розглядається не як власність чоловіка, а як майно, надане йому в управління». Можна припустити, що подібні норми, закріплені в інших слов'янських узаконеннях, стали передумовою формування норм, що закріплюють рівні права подружжя на їх спільне майно в сучасному цивільному і сімейному праві. Відмінною особливістю даних положень є відмінність способів управління і розподілу майна в римському праві, яке передбачає особливе правове положення для приватної власності³⁹⁰. Для слов'янського права характерною є наявність різноманітних форм власності, в основі яких лежать юридичні категорії «особиста власність», «колективна власність» і «народна власність», яку не можна ототожнювати з «державною власністю». Ці терміни вилучені з використання у вітчизняній юриспруденції у зв'язку із загальною тенденцією європеїзації права і повсюдної рецепцією інших законодавств. Відзначимо, що кожна з цих форм власності ґрунтується на самостійних принципах виникнення та управління. Наприклад, відмінності між особистою і приватною власністю можуть бути простежені досить чітко. Особиста власність являє собою ту частину багатства людей, яка не визначає їх соціального стану як господарюючих суб'єктів; можна навіть стверджувати, що особиста власність обумовлює свободу людини від суспільства (квартира, машина, дача). Навпаки, приватна власність відображає залежність людини від економічної системи, оскільки існує тільки

³⁹⁰ Рязанов М.Ю. Слов'янське право в правовій спадщині України : монографія / М.Ю. Рязанов; за ред. д.ю.н., проф. Ю.М. Оборота. — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 36.

як елемент ринкового господарства і т.д.³⁹¹. Це відображає те, що в історичному плані заснована на принципах колективності, взаємності, народоправстві і справедливості, система слов'янських держав базується на слов'янському праві і здатна дати поштовх розвитку особливих різновидів власності.

Крім трансформації вже існуючих раніше слов'янських правових положень під умови сучасного життя, слід також відзначити й інші слов'янські правові положення, які знайшли відображення в сучасному законодавстві, що демонструє важливість спадковості в зміцненні та подальшому розвитку рівня правової культури як окремої особистості, так і всього народу.

Особлива риса слов'янського права, яка набуває все більшого значення у сучасності, — розвиток місцевого самоврядування.

Найвідомішими формами місцевої демократії в історії місцевого самоврядування часів Київської Русі були віче (міські, територіальні) і збори (сходи) вервь (жителів кількох сіл чи інших населених пунктів), де вирішувалися найважливіші питання. Для вирішення решти питань обиралися войти або інші посадові особи.

Після входження українських земель до складу Великого Князівства Литовського елементи місцевого самоврядування, особливо в містах і містечках, отримали подальший розвиток у формі войтовства.

Войтів обирали на міських вічах, що в документах отримали назви «громада», «копа», «купа»³⁹². Рішення, які приймалися загальними зборами чи купою, надалі систематизувалися і набули характеру комплексного регулятора суспільних відносин — копне право. Ті початки місцевого самоврядування, закріплені у слов'янському праві, а також особливості державного устрою слов'янських держав знайшли свою трансформацію в нинішньому місцевому самоврядуванні. Так, місцеве самоврядування в межах своїх повноважень є самостійним, а його органи не входять до сис-

³⁹¹ Иноземцев В.Л. Современное постиндустриальное общество: природа, противоречия, перспективы: учеб. пособие для студентов вузов. — М.: Логос, 2000. — С. 304.

³⁹² Опрятный С. Н. Зарождение общинного местного самоуправления у восточных славян // Вестник государственного и муниципального управления. — 2013. — № 2. — С.63.

теми органів державної влади. Актуальними з позицій сучасності є слов'янські особливості формування територіального устрою держави на підставі децентралізації публічної влади. Особливо актуальними є положення, підтримуючі необхідність враховувати соціальні, економічні та культурні зв'язки і забезпечувати територіальним одиницям здатність виконувати публічні завдання. Архаїчною особливістю місцевого самоврядування, що продукується основами слов'янського права, можна також вважати те, що територіальне самоврядування бере участь у здійсненні публічної влади від власного імені і під власну відповідальність.

До характерних особливостей відтвореного слов'янського права слід віднести також підвищену увагу до гарантій прав і свобод. Наприклад, норми Конституції України «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними» (ст. 21). Це положення є традицією слов'янського світу, воно існувало як общинна форма існування людей з рівними правами і не знала рабовласництва, яке притаманне державам іншої культури.

В іншому, але настільки ж самобутньому стилі сформульовані положення Конституції Польщі: «Природна і невід'ємна гідність людини утворює джерело свобод і прав людини і громадянина. Воно непорушно, а його повага і охорона є обов'язком публічних властей. Обмеження не можуть порушувати сутність свобод і прав» (ст. 30 і 31)³⁹³.

Значна частина конституцій підкреслює неприпустимість порушень прав і свобод. Багато хто з них підкріплює цей принцип додатковими гарантіями. Так, Конституція Хорватії стверджує: кожен, хто порушив основні права і свободи людини і громадянина, несе особисту відповідальність і не може виправдовувати свої дії необхідністю виконання наданих розпоряджень (ст. 20). Дані положення викликають інтерес не стільки своєю індивідуальністю, а тим, що вони закріплені в сучасних конституціях та успадковуються споконвіку, і у слов'янських держав ці положення складали основу державного устрою за багато років до їх прийняття більшістю європейських держав.

³⁹³ Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. — Том 1. / В.И. Лафитский — М. : Статут, 2010. — С. 220.

Як наголошується вище, слов'янське право має власну історію розвитку, а система слов'янських законодавств, як наслідок, — спільні витоки. Їх особливістю є те, що на відміну від правових систем європейських держав, вони не відчували значного тиску римського права.

Динамічний світ, міжнародні відносини, що стрімко розвиваються, так чи інакше змусили свого часу слов'янські держави увійти до обійми міжнародних зв'язків, що спричинило природне запозичення ряду чужорідних положень, а саме — правових конструкцій романо-германського і загального права. Така взаємодія на міжнародному рівні зовсім не виключає унікальності слов'янського права. Як відзначають сучасні дослідники слов'янського права (В.Н. Сінюков, В.І. Лафітський), у слов'янському праві склалися самобутні юридичні конструкції, які забезпечують особливий баланс суспільних і приватних інтересів, що проявляється насамперед у регламентації питань власності, надрокористування, державного управління економікою і соціальною сферою.

Поступово складається особлива стилістика оформлення правових актів. У нормах, що належать до різного роду слов'янських законодавств, простежується тенденція до деталізації регульованих суспільних відносин³⁹⁴. Привертає увагу і більш чітка регламентація способів регулювання відносин. Це демонструє певну казуїстичність норм слов'янського права, що більш подібно до норм сім'ї загального права, ніж до норм романо-германської правової сім'ї. І навпаки, судові рішення слов'янського світу відрізняються крайньою стислістю у викладі обставин справ та обґрунтуванні позицій, що не характерно для судових рішень ні загального, ні романо-германського права.

Розглядаючи особливості слов'янського судочинства, варто звернути увагу на слов'янські правові традиції в сучасному судочинстві. Наприклад, норми Законника Стефана Душана стосовно принципу судового вирішення суперечок установлювали багатоступінчасту судову систему й вводили письмове виробництво в судах. «Велить моя царська величність суддям, — говорилося у ст. 183, — якщо виявиться велика справа, а судді не в змозі будуть її

³⁹⁴ Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права. (Очерки IX-середины XVII вв.). — М.:МГИУ, 2008. — С. 97.

розсудити і вирішити по її важливості, то один із суддів із тими обома, що судяться, та стане перед мою царську величність. І як будуть судити кого-небудь судді, та записують будь-яку справу, щоб не було обману; і та діється все за законом мого царства»³⁹⁵.

Досить цікавою є заборона піддавати кого-небудь тюремному ув'язненню без веління царя, яке підтверджувалося його грамотою (ст. 186, 187 Законник Стефана Душана), що кореспондує з неможливістю довільного та позасудового осудження будь-якої особи у сучасному судочинстві.

Цікавими є положення Вислицького і Петрівського статутів щодо визначення принципів дії законів у часі, що застосовуються нині багатьма державами: «Оскільки всі постанови й Статути передбачають справи та дії майбутні, а не минулі, то ми бажаємо, щоб усі наші постанови, нині на великому соборі у Вислиці прийняті, належали не до минулих, а тільки до нинішніх та майбутніх справ»³⁹⁶.

Початки справжнього правосуддя зміцнювалися процесуальними нормами. Так, ст. X Вислицького статуту встановлювала, що кожна людина, до якого б стану вона не належала і яке б становище не займала, може й повинна мати свого адвоката, що є обов'язковою умовою сучасного судочинства.

Заслуговує на увагу процес формування слов'янами влади, що будувався на основах законності й прозорості, крім можливості зловживання правом. Це також знайшло відбиття у нормах Сфремівської кормчої, в якій установлюється покарання за сприяння представниками світської влади в одержанні єпископського сану: «Аще який єпископ, мирських начальників уживши, через них одержить єпископську в церкві владу: та буде вивержений і відлучений, і всі, хто спілкується з ним»³⁹⁷.

³⁹⁵ Законник Стефана Душана. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Serbien/Zakonnik_Stefan_Dusan/text.phtml?id=8258

³⁹⁶ Вислицький статут 1347 г. // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Polen/XIV/Kazimir_Statut/text.phtml?id=10346

³⁹⁷ Бенешевич В.Н. Древне-Славянская Кормчая XIV титуловъ безъ толкованій. 1 том / В.Н. Бенешевич — СПб. : Типографія Императорской АН, 1906 — 1907. — С. 67, 208.

Особливе значення у слов'ян приділяється професіоналізму державних службовців, які повинні були мати необхідні знання для належного виконання обов'язків. Початки цього принципу закріплено в Апостольських правилах, де зазначається, що не можна призначати єпископом особу, яка тільки-но залучена до християнства (Єфремівська кормча).

Про використання загальних принципів Єфремівської кормчої у сучасному законодавстві свідчить те, що «Єпископ був зобов'язаний бути присутнім на розгляді справи, де він був учасником. Якщо обвинувачений єпископ не з'явився в суд після трьох запрошень, два з яких передаються йому особисто двома єпископами, присланими судом, справа може розглядатися за його відсутності (Ап. Правило 74). На оскарження обвинувачення єпископові надається 1 рік, протягом якого він відлучається від церкви. Ці положення використовуються у чинному законодавстві України.

Обвинувачений єпископ має право вимагати відводу зі складу церковного суду єпископів, зацікавлених у негативному вирішенні справи, і в цьому йому не повинні перешкоджати³⁹⁸. Право сторони на відвід судді також виражено в українському праві.

Визначаючи особливу систему перерозподілу територій єпархій, клірам, які добровільно вирішили повернутися у християнство з єретичних течій, кормча регламентувала трирічний строк, протягом якого приймаються всі претензії щодо переділу територій, які направляються в церковний суд або помісний собор. Цей строк міг бути пролонгований, якщо єпископ, права якого порушено, з об'єктивних причин не міг звернутися до суду. Зазначений трирічний строк позовної давності з можливістю його пролонгації із Кормчих книг потрапив до світського законодавства, де зберігся до теперішнього часу³⁹⁹.

Зазначені вище положення є наявним доведенням наслідування сучасним правом України та правом інших слов'янських держав тих основ і принципів, на яких будувалось все слов'янське право

³⁹⁸ Бенешевич В.Н. Древне-Славянская Кормчая XIV титуловъ безъ толкованій. I том / В.Н. Бенешевич — СПб. : Типографія Императорской АН, 1906 — 1907. — С. 560.

³⁹⁹ Цивільний кодекс України : наук-практ. коментар / за ред. Є.О Харитонова — Х. : Одіссей, 2001. — С. 130.

минулого і які потребують подальшого розвитку з урахуванням сучасних вимог. На цій основі є актуальним підняття питання щодо виокремлення слов'янської правової сім'ї та розбудові її самобутності, яка проявляється як у своєрідності форм законодавства і всієї системи джерел права, так і у власній культурній ідентифікації й типологічній індивідуальності.

Слід зазначити, що прихильників правового обґрунтування ідеї «збирання слов'янських земель» у сучасному житті чимало, про що свідчить чимала кількість розвідок у цьому ракурсі, а також що концепція «слов'янської правової сім'ї» усе активніше вводиться до підручників з теорії держави й права.

Актуальність дослідження необхідності виокремлення слов'янської правової сім'ї визначається «не стільки техніко-юридичними, формальним ознакам, скільки глибокими соціальними, культурними, державницькими початками життя слов'янських народів»⁴⁰⁰.

До таких початків належать:

- 1) самобутність слов'янської державності;
- 2) особливі умови правового нормування;
- 3) наявність особливого статусу особистості;
- 4) пов'язаність з православ'ям;
- 5) наявність особливого правового стилю.

На нашу думку, особливостями слов'янського права варто вважати зв'язок державності із правовими традиціями. Особливий уклад економічного життя, сільської громади, заснованої на принципах «кругової поруки», взаємодопомоги, традиціях місцевого самоврядування. Особливим є статус особистості, в якому переважав «світ» над індивідом. Особливе значення православ'я з його ухилом у бік духовного, не матеріального життя, а також особливому «благочесті».

Правовий масив слов'янського права й слов'янської правової культури — це не тільки минуле, але й сьогодення, що важливо враховувати.

Таким чином, вивчення слов'янського права як реального феномену європейської й світової культури є важливим завдан-

⁴⁰⁰ Синюков В.Н. Российская правовая система : введение в общую теорию права / В.Н. Синюков — Саратов : Полиграфист, 1994. — С. 218.

ням вітчизняної юриспруденції. Із безліччю родинних, самобутніх слов'янських культур, що володіють сьогодні політичним імунітетом, стикається історично сформована потреба до взаємодії й інтеграції в процесі активного діалогу.

2.9. КОНЦЕПТУАЛЬНІ ІДЕЇ М. Ю. ЧИЖОВА ПРО ПОХОДЖЕННЯ І УТВОРЕННЯ ПРАВА

У XVIII — XIX ст.ст. вітчизняне правознавство розвивалось під значним впливом західноєвропейських ідей, де головну роль зіграли правова школа, природно-правова, психологічна та історична. На тлі цього впливу відбувались розробки вітчизняних учених.

Важливою подією в дослідженні права і його джерел стала праця М. Ю. Чижова «Джерела і форми права», в якій автор зазначав: для того щоб бути доступним розуму і почуттям людей, право втілюється в оточення форм, тісно зв'язаних з джерелом життя. Людина знаходить і використовує джерела права тільки через правосвідомість⁴⁰¹.

Насамперед слід зазначити, що М. Ю. Чижов виступав проти змішання багатьма дослідниками-сучасниками поняття «походження» права з поняттям «утворення» права. На його думку, у процесі розвитку права ці поняття виникають одне після одного. При цьому, якщо «походження права є відокремлення права в середовищі інших сил і елементів людського духу, впливання права з етичної природи особистості й оформлення його в певний тип як елемент соціального життя», то «під утворенням права варто розуміти наступний ступінь у зрості права — перебування права серед зовнішніх відносин людей між собою і відображення ним на собі тих умов, серед яких йому доводиться зростати (набуття правом звичаєвої чи законодавчої форми)»⁴⁰². Таким чином, джерело права ми визначимо тоді, коли усвідомимо природу свідомості, що розкриває закони і потребу людського духу як причину практично всіх соціальних явищ, до яких і належить право.

⁴⁰¹ Чижов Н. Источники и формы права / Н. Чижов. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 255.

⁴⁰² Там само. — С. 187.

У М. Ю. Чижова питання про походження права і про джерело права одне й те саме⁴⁰³, інакше кажучи, вони є складовими частинами єдиної проблеми. Також слід зазначити, що М. Ю. Чижев розрізняв поняття «джерела права» і поняття «форми права», хоча для нього ці поняття перебувають у тісному зв'язку. Співвідношення цих понять учений визначає в такий спосіб. Право як духовно-моральна сила, для того щоб бути доступним людям, набирає відповідних форм. Форма права, за М. Ю. Чижовим, є «засіб прояву права в середовищі зовнішніх відносин людей між собою», ««тілесність» права серед цих відносин»⁴⁰⁴, «відчутний юридичний матеріал»⁴⁰⁵. Форм, у яких право представляє себе в дійсності, у середовищі зовнішніх відносин людей між собою два: звичай і закон. Поняття форми права перебуває в тісному зв'язку з поняттям джерела змісту, що наповняє юридичні форми, інакше кажучи, з поняттям джерела права. Під джерелом права вчений розуміє «корінь, від якого розгалужується право; причину, що виявляє право в тій чи іншій формі». Він пише: «...словом — джерело права є правоутворююча засада»⁴⁰⁶. Таким чином, відповідь на запитання «звідки виходить право» є для М. Ю. Чижова джерелом права в матеріальному розумінні.

Згідно з М. Ю. Чижовим, «людській проникливості потрібно було пройти тисячоріччя, перш ніж вона знайшла причину, що виявляє право як елемент соціального життя»⁴⁰⁷. На його думку, історія людства у сфері людського міркування про право доводить, що вирішення питання про джерело права настільки ж старе, як не нова й думка про саме право, що криє свій початок на дні стародавності людського роду. Думка про право і вирішення питання про джерело права збігаються з першим створенням форм соціального життя роду людського. У кожній соціальній формі людського буття людина при спрямуванні своєї поведінки за певним положенням (нормою) мимоволі відносить походження цього положення до

⁴⁰³ Чижев Н. Источники и формы права / Н. Чижев. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 186.

⁴⁰⁴ Там само. — С. 2.

⁴⁰⁵ Там само. — С. 202.

⁴⁰⁶ Там само. — С. 3.

⁴⁰⁷ Там само. — С. 4.

певної засади, що надає даному положенню обов'язковості, необхідності його застосування. Інакше кажучи, цінність даного визначника людської поведінки зводиться до джерела. Таке джерело людина протягом усієї світової історії шукала чи поза себе (природа, Бог, соціальне середовище), чи в собі самій, у законах свого духу. Саме на шляху відшукування джерела права людина підходила до більш або менш ясного розуміння права. Тим самим вирішення питання про джерело права відбувалося (і відбуватиметься) у зв'язку з визначенням поняття права. Визначити ж поняття права — значить засвоїти право. От чому питання про джерело права може бути зведено на питання про визначення, засвоєння людиною права, під яким учений розумів набуття людиною свідомості природи права для належної здійсненості людської свободи, для постановки юридичної свідомості в число реальних причин, що дають визначеність даним життєвим відносинам людей між собою. Звідси випливає, що «джерело права ми знайдемо тоді, коли зрозуміємо природу свідомості, що відкриває закони і потреби людського духу як причину майже всіх соціальних явищ, до числа яких належить і право. Унаслідок цього можна сказати, що людина знаходить і знайде джерело права тільки через самосвідомість»⁴⁰⁸. Таким чином, першооснову права, на думку М. Ю. Чижова, людина повинна шукати в етичному законі людського духу, що спрямовує практичне життя людини, проникаючи крізь колективний бік людини в соціальне середовище, стаючи творцем останнього, набуваючи форми норм права. Виходячи з викладеного, можна затверджувати, що М. Ю. Чижов відстоює природно-правові позиції, визначаючи право як багатоаспектне явище, складність якого неможливо усвідомити спрощено.

М. Ю. Чижов розглядає спочатку рух вирішення питання про джерело права у зв'язку з історичним розвитком самосвідомості особистості⁴⁰⁹, а потім наукові системи, що виникли на ґрунті об'єднаних релігійною Реформацією думки і життя⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Чижов Н. Источники и формы права / Н. Чижов. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С.4-5.

⁴⁰⁹ Там само. — С. 11-70.

⁴¹⁰ Там само. — С. 71-232.

При цьому в історичному розвитку самосвідомості особистості у зв'язку з рухом вирішення питання про джерело права учений виділяє п'ять ступенів. Спочатку аналізується розвиток особистості на Сході, потім у Греції і Римі й, нарешті, в Європі до і після Реформації.

Автор доходить висновку, що на Сході (на першому ступені розвитку особистості) індивідуалізація уможливила «емансипацію особистості від оточуючого її середовища (від об'єктивізму) і ця зачаткова емансипація виявилася тільки у визнанні особистістю себе такою, що вміщає дане із-зовні, але — не оцінює те, що вмістилося. Найдавніша особистість не пішла далі стану пасивізму»⁴¹¹.

Заслуга грецької особистості (другий ступінь розвитку особистості) стосовно кристалізації поняття особистості, за М. Ю. Чижевим, дуже велика. Так, закон індивідуалізації позначився тут досить сильно: він звузив об'єктивізм, що поглинає розум і дії особистості на першому ступені її розвитку. У Греції пролунав заклик (хоча не занадто визначений) за виділення особистості з державного вбирання. Прогрес особистості в Греції позначається в появі бажання пізнати особистість, і це бажання проповідується відкрито. Але тут не було права (бо не було особистої самостійності), а був тільки обов'язок. Слідом за Б. М. Чичеріним М. Ю. Чижов відзначає, що лише вільна людина може мати право⁴¹².

Згідно з М. Ю. Чижевим, третій ступінь свого розвитку особистість зайняла на римському ґрунті, де вона звільняється від захоплення і вбирання її зовнішнім, оточуючим середовищем і стає такою, що опановує правом за допомогою перетворення себе на активну силу соціального і юридичного життя⁴¹³. Але в Римі міркування про природу права було занадто вузьким. Римляни вирішували питання тільки про утворення, формулювання права, питання ж про джерело права для них було закритим. Принаймні, римський розум дивився на походження права чисто ззовні, не заглядаючи в глибину його природи⁴¹⁴.

⁴¹¹ Чижев Н. Источники и формы права / Н. Чижев. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 23.

⁴¹² Там само. — С. 34-35.

⁴¹³ Там само. — С. 39.

⁴¹⁴ Там само. — С. 47-48.

Четвертий ступінь розвитку особистості охоплює Середньовіччя. Цей ступінь охоплює розвиток германо-романської особистості до Реформації. У середні віки, за М. Ю. Чижевим, особистість не була вільна, отже, не було і права в істинному розумінні слова. Ні велика сила християнства, що йде до свободи особи, ані індивідуалізаційний характер германця, що створив сепаративність у державі, не зробили в середні віки особистість вільною від навколишнього соціального середовища, а всьому цьому причиною служило те, що особистість ще не усвідомила саму себе, не могла емансипувати свій дух від соціального організму, що набирається⁴¹⁵.

П'ятий ступінь розвитку особистості М. Ю. Чижова називається періодом урівноваження поняття і життя й охоплює розвиток германо-романської особистості в період Реформації. Вона є початком визнання за особистістю самостійності, що вчений вважає належним до того часу, коли і право, і держава, юридичний і політичний устрій звели корені свої до вільної особистості, до того часу, коли особистість скинула ярмо церковного авторитету, до часу відродження наук і мистецтв, коли особистість освітилася духовно, тобто до часу Реформації. Реформація зробила переворот не тільки в релігійній, але й у юридичній, політичній і іншій сферах людського життя⁴¹⁶. Наука і життя пішли після Реформації новим шляхом, але особливо чудово те, що наука начебто диктувала особистості засвоєння своєї самостійності⁴¹⁷. З Реформацією відбувається сильне здійснення закону індивідуалізації, що веде особистість до самостійності, емансипації людського духу від релігійного об'єктивізму, засвоєння особистістю свободи як початку практичної діяльності особистості, як початку справедливості й права. Розуми потроху забувають середньовічні погляди на право і його джерело⁴¹⁸.

Згідно з М. Ю. Чижевим, науковим напрямом, що сприяв після Реформації швидкому засвоєнню особистістю свободи і більш

⁴¹⁵ Чижев Н. Источники и формы права / Н. Чижев. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 63.

⁴¹⁶ Там само. — С. 65.

⁴¹⁷ Там само. — С. 66.

⁴¹⁸ Там само. — С. 68.

або менш точному відкриттю джерела права, у правознавстві була школа природного права, представники якої вважали, що право має своєю підставою людський розум, джерелом права є сама людська природа. Завдяки цій школі поступово із сфери розуму виділяється сфера морального світу людського життя, до якого і пристосовується правоутворююча сила, право одержує моральну підставу. Якщо в Г. Гроція і Т. Гоббса заради співжиття знищується особиста свобода, то в С. Пуфендорфа підстава порядку бачиться на етичній ідеї. Починаючи з К. Томазія, право відмежовується від моралі. І. Кант із поняття розуму вивів дійсність свободи і вищу основу права, що складає сукупність умов, за яких сваволя однієї людини може бути узгоджена зі сваволею всіх інших на основі загального закону свободи. Вчення І. — Г. Фіхте, побудоване на ідеально-суб'єктивній засаді, припускало, що основа права є свобода — витвір реального буття нашого Я. Ця індивідуальна, абсолютна свобода відповідає необмеженості примусу. За М. Ю. Чижевим, Фіхте, уводячи право з необхідних відносин (зовнішніх) вільних істот, забуває, що ці відносини ґрунтуються ні на чому іншому, як на вимогах моральної природи людини. Тим самим право цілком відірвано від моральності⁴¹⁹.

За М. Ю. Чижевим, на суворо науковий ґрунт питання про походження права було поставлено історичною школою права. Саме поява історичної школи була протигаю абстрактним і часом беззмістовним поглядам юристів XVIII ст. на право і на його походження та опозицією тій теорії, за якою право є витвір виключно державної влади (позитивісти XVII ст. і почасті XVIII ст.).

Усебічне вивчення концепції історичної школи права є важливим внеском М. Ю. Чижова в юридичну науку. До речі, його дослідження в цій сфері, на наш погляд, було одним із кращих до появи відповідної праці П. І. Новгородцева⁴²⁰.

М. Ю. Чижев, детально розглядаючи основні положення концепції історичної школи права, заслугу її бачив у розгляді права як частини народного життя. На думку вченого, представники цієї

⁴¹⁹ Чижев Н. Источники и формы права / Н. Чижев. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 128-150.

⁴²⁰ Новгородцев П. И. Историческая школа юристов / П. И. Новгородцев. — СПб. : Лань, 1999. — С. 192.

школи мали рацію у визнанні неможливим зрозуміти право і державу тільки з волі законодавця, здатного створити на підставі законів розуму весь юридичний устрій. Для них римське, а почасти і німецьке право було ґрунтом при відшуканні джерела права. Вони, вивчивши римську історію права, помітили тісний зв'язок розвитку права з історією народного життя, переконалися в органічній цілісності права і свої погляди про властивості і джерела римського права узагальнили і додали їм значення положень, що належать до правопоходження взагалі: усі явища (право, мова, мораль й т. ін.) зв'язуються в одне ціле спільним переконанням народу, однаковим відчуттям внутрішньої необхідності, що виключає будь-яку думку про випадкове і довільне їх походження⁴²¹. Спільна воля, спільна свідомість народу, спільне правопереконання, народний дух, за вченням історичної школи, є правоутворюючими силами⁴²².

М. Ю. Чижев критично аналізує положення історичної школи про те, що право є витвором «народного духу», що виражається у звичаєвому праві, законодавстві й у стані юристів, що «народний дух» становить невидиму силу, яка виділяє із себе мирно і послідовно, за законами внутрішньої необхідності, мову, релігію і право. На думку М. Ю. Чижева, таке містичне явище, як «дух» народу, цілком примирялося з романською поезією, що панувала в той час у Німеччині, коли оспівувалися давно минулі часи, коли все таємниче, сховане у старовині було у великому шануванні. «Слово «дух» народу, як джерело права, нагадує нам, — пише М. Ю. Чижев, — первинний стан природничих наук, коли для пояснення незрозумілих явищ природи посилалися на «дух» як на джерело їх походження. Так, відомі були: дух води, дух вогню і т. д. Але цей стан природничих наук уже до часу виникнення історичної школи віддано було забуттю. Словом «дух» народу нічого не можна пояснити. Чого ми не знаємо чи не розуміємо, називаємо народним «духом», саме так, як якийсь час німці кожне незрозуміле німецьке слово вважали кельтичеським»⁴²³. Якщо «дух» народу є щось

⁴²¹ Чижев Н. Введение в изучение права (Энциклопедия права). Заметки ординарного профессора Императорского Новороссийского университета Н. Е. Чижева / Н. Чижев. — О. : Типогр. «Русской Речи», 1908. — С. 31-32.

⁴²² Там само. — С. 32-33.

⁴²³ Там само. — С. 34.

незрозуміле, містичне, — відзначає М. Ю. Чижев, — то не більш ясним виявляється і загальнонародне переконання, зумовлене і нерозривно зв'язане з «духом». Згідно з М. Ю. Чижевим, такого загальнонародного переконання, загальнонародної волі ніколи не було і жоден народ їх ніколи не може мати. Те, що вважається волею народу, є воля пануючої меншості, що утворює право ім'ям усього народу. Крім того, не все право народного походження. Воно утворюється в різних суспільних групах (наприклад, церковне, торгове право), з одного боку, а з іншого — поза межами народного життя (наприклад, міжнародне право). Отже, з погляду історичної школи, утворення церковного, міжнародного права й інших є незрозумілим. Нарешті, резюмує М. Ю. Чижев, якщо вже говорити про народний дух, загальнонародну волю, загальнонародне переконання як про джерело права, то потрібно вивчити історичний процес їх створення, їхні властивості, чим історична школа та її послідовники не займалися. Тільки в пізніший час звернули увагу на необхідність цього вивчення, побачивши в народному дусі історичне нашарування особливих якостей того чи іншого народу⁴²⁴.

За М. Ю. Чижевим, *Volkgeist* історичної школи є як би видозміна *Weltgeist* Гегеля, з якого діалектично розвивається все існуюче й у який закладені задатки пізніших різних форм дійсного життя. У Савіній ми бачимо те саме, що в Гегеля, саме з *Volkgeist* у нього випливає невидимо і право і держава. Саме непоясненість народного духу, загальнонародного переконання, визнання їх судиною, з якої виливається позитивне право через особливі отвори, повело історичну школу, на думку М. Ю. Чижова, до неправильного вчення про джерело права, а зокрема — про утворення звичаєвого права⁴²⁵.

М. Ю. Чижев категорично не погоджується з думкою історичної школи про те, що звичаєве право виникає безпосередньо із загальнонародного переконання як першоджерела всякого права, що його основа лежить безпосередньо в загальній свідомості народу, у звичаєвому праві. На думку вченого, звичаєве право не є вираженням спільного переконання і не має нічого спільного з народним переконанням, народним духом. Для утворення звичаєвого права

⁴²⁴ Чижев Н. Вказ. твір. — С. 35.

⁴²⁵ Там само. — С. 35.

досить тільки відомого кола осіб, з'єднаних між собою взаємними умовами і відносинами. При цьому потрібно помітити тільки одне: щоб коло людей не було занадто тісним (наприклад, родина, де правове переконання тільки зароджується). Творчість права не належить спочатку народу як природному цілому. Звичаєве право виникає, насамперед, з рішень окремих осіб, з того чи іншого конкретного випадку таким чином, що окремі особи, відчуваючи відомі життєві потреби, вступають між собою в угоду щодо вирішення певним чином даного їм випадку, що зустрівся, згідно з природою речей і згідно з почуттям правди. Інакше кажучи, відносини визначаються за договором, і під впливом різних умов з договору виникає відоме правило, норма. Мета, на підставі якої визначаються тут відносини, полягає завжди у взаємному інтересі, у вигоді осіб, що визначають свої життєві зовнішні відносини. Бажання досягти взаємної вигоди веде за однакових умов до утворення серед зацікавлених сторін переконання в необхідності поводитися в тих самих випадках однаково, як і колись, за раніше прийнятою нормою. Повторюваність дій і рішень в однакових випадках розвиває в людях звичай також однаково діяти і у майбутньому. Інші особи, що перебувають з ними в однаковому суспільному зв'язку, в однакових життєвих умовах, що мають однакові інтереси, наслідують їх, додержуються їхнього прикладу і, таким чином, звикають діяти за тими самими нормами. Отже, звичка, звичай, що виник спочатку між окремими зацікавленими особами, поступово захоплює собою дедалі більшу частину суспільства і стає так названим загальним звичаєм⁴²⁶.

За М. Ю. Чижевим, крім окремих осіб, у створенні права бере участь суддя. Судове рішення, особливо на перших щаблях розвитку суспільного життя, установлює певну норму права для даної конкретної справи. Якщо норма, виражена в рішенні з одиничного випадку, застосовується довгий час потім у подібних же випадках й іншими суддями, то шляхом судової практики непомітно складається звичаєво-правова норма. Кращим доказом походження звичаєвого способу дій, згідно з думкою ученого, є спосіб утворення стежини на лузі. Одна людина проходить через луг напрямком, що

⁴²⁶ Чижев Н. Вказ. твір. — С. 35-36.

залежить від її мети чи просто випадково. Якщо інші ходитимуть по тому самому сліду, що їм здаватиметься зручним, то стежина вже зроблена. Тому М. Ю. Чижов погоджується з тими вченими, відповідно до думки яких звичаєве право виходить не з народної волі чи загальної свідомості народу, а з діяльної волі окремих осіб, котрі не думають, що їхнє рішення послужить утворенню права взагалі⁴²⁷.

М. Ю. Чижов підкреслює, що ні угода, ані судове рішення не складають джерела права в розумінні форми, втілюючись в яку юридична норма одержує загальнообов'язкову силу. Він вважає, що угода і судові рішення сприяють утворенню права (звичаєвого права), бо норма поведінки відомих осіб, висловлена в угоді чи судовому рішенні, набуває згодом загальнообов'язкової сили внаслідок тривалого й одноманітного застосування її в однакових випадках, що ґрунтується на переконанні в юридичній необхідності норми, отже, норма набуває своєї сили звичайним шляхом⁴²⁸.

За М. Ю. Чижовим, законодавство також не є вираженням загальнонародного переконання, бо законодавець не становить тільки вуста народного духу, які вирікають те, що закладено в народному переконанні, і роль його стосовно розвитку народно-юридичного життя не тільки пасивна, але й активна. Він не безумовно йде слідами народного переконання, що часто не узгоджується з потребами громадського життя. Законодавцеві доводиться в таких випадках самостійно вирішувати справу поза загальнонародним переконанням, додержуючись якого він затримав би розвиток самого народного життя. Таким чином, законодавець жодним чином не є виключно носієм загальнонародного переконання і жодним чином не концентрує в собі дух народу, а законодавство не можна вважати тільки продовженням, розвитком народного права⁴²⁹.

М. Ю. Чижов був переконаний у не погодженості надавання переваги звичаєвому праву історичною школою, виведеної мирним шляхом, що начебто менш піддається сваволі, ніж законодавчому праву, здатному носити в собі сваволлю. Згідно з поглядом ученого, ранги між джерелами права існувати не повинні: кожне джерело

⁴²⁷ Чижов Н. Вказ. твір. — С. 36.

⁴²⁸ Там само. — С. 36-37.

⁴²⁹ Там само. — С. 37.

права має свої особливості, завдання, засоби, цілі, переваги і недоліки; кожне з джерел відповідає різним щаблям народного розвитку й у свій час буває гарним⁴³⁰.

При оцінці погляду історичної школи на діяльність юристів М. Ю. Чижов звертає увагу на ті її положення, що на вищих щаблях народного життя творча діяльність народу начебто зовсім гасне, а його місце в розвитку права забирають юристи, що є, таким чином, представниками народних понять про право, а право, утворене юристами, буде продовженням народного (звичаєвого) права. Розвиток і утворення права, як вважає М. Ю. Чижов, не може бути вилучене з народу чи, точніше, — з окремих верств і груп його, незважаючи на діяльність законодавця і юристів. Це утворення права на перших щаблях розвитку народного життя обумовлюється слабкою організацією державного життя, а на вищих — складністю явищ суспільного життя, що не можуть бути охоплені діяльністю одного органу державного життя (законодавцем). Як би ні був діяльний цей орган, він ніколи не може визначити життєві відносини у всіх їхніх подробицях. Звідси М. Ю. Чижов доходить висновку, що діяльність юристів у справах права ніколи не замінить собою діяльність народу, що завжди є творчим елементом у праві, хоча не у всій своїй сукупності, а в окремих частинах; представниками народу у справах права, носіями загальнонародного духу юристи не були і бути не можуть⁴³¹. Як доказ, учений наводить приклад прийняття римського права німецьким народом: уведення римського права в Німеччині було, переважно, справою юристів і суддів, але всім відомо, як довго і завзято народ озброювався проти цього, яким тягарем його введення було навіть для станів, що були тоді щирими носіями народної свідомості. Якби юристи були представниками народної свідомості й переконання, то цього протесту проти римського права очікувати було б не можна.

У той самий час М. Ю. Чижов не сумнівається в тім, що діяльність юристів сприяє утворенню нових юридичних положень: норма, одного разу встановлена в рішенні окремого випадку, шляхом тривалого застосування її в наступних подібних випадках входить до числа норм позитивного звичаєвого права. Тим самим юрист,

⁴³⁰ Чижов Н. Вказ. твір. — С. 37.

⁴³¹ Там само. — С. 37-38.

як суддя, безперечно є одним із факторів утворення права. Такою самою є, на думку вченого, теоретична юриспруденція: вона підготовляє застосування права шляхом систематичного викладу діючого права, зводячи приписи права до керівних ідей, вона спрощує юридичний матеріал, відкриває в ньому нові юридичні положення. У систематичному зв'язку права юрист знаходить опорні пункти для вирішення життєвих питань. Те, що видатні вчені-юристи проголошують як право (*communis opinio doctorum*), так само як і те, що у вирокх судів, завдяки одноманітному застосуванню, кристалізується в судову практику (*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum usus fori*), — має у своїй основі презумпцію правильності. Зовнішня сила судової практики міцніє від одноманітності судових рішень. Відступи від сталої судової практики тим відчутніші, чим більше вони стосуються випадків, що належать минулому, і виникли, може, під впливом колишнього розуміння права⁴³².

Відповідно до думки М. Ю. Чижова, положення історичної школи про те, що право розвивається мирно і невидимо з народного духу за законами внутрішньої необхідності, виключає думку про свідому діяльність людей в утворенні права, що не узгоджується з істинним станом речей, тому що розвиток права відбувається не завжди мирно і невидимо, і цю неспроможність виключно мирного походження права довів Р. Єринг.

Дослідження історії і сучасного життя не дозволяє М. Ю. Чижову погодитися і з думкою про відсутність в утворенні права свідомої діяльності людей. Право, на його думку, є продукт не тільки несвідомої діяльності людей, але і свідомої, що узгоджує і пристосовує право до потреб спільного життя людей. Роль свідомої діяльності людей є особливо значною в утворенні нового права, що є не тільки подальшим продовженням і розвитком старого; стосовно старого права його походження самостійне, зобов'язано свідомій діяльності людей, що не вичікують, поки старе поступиться місцем новому праву. Крім того, нове право бере для себе засади не виключно з життя даного народу, а з життя й інших народів.

Як відомо, історична школа наполегливо підтримувала виключне національне походження права, що виключало питання

⁴³² Чижев Н. Вказ. твір. — С. 38.

про запозичення права. За М. Ю. Чижевим, неспроможність такого погляду довів Р. Єринг з посиланням на римське право, що вкоренилося в житті народів без усякого зв'язку із сукупністю минулого нових народів, їхньою внутрішньою сутністю та історією. Саме Р. Єрингу належить думка про те, що поки історичний напрям виставляє ідею національності права як виключно вірну і керівну, доти суперечність, у якій перебуває його вчення із засвоєнням римського права, залишиться вічно невирішеною.

З погляду М. Ю. Чижова, «припинити запозичення ззовні й присудити організм до розвитку «зсередини» — значить умертвити його. Питання про засвоєння чужих настанов права не питання національності, але просто питання потреби, користі. Тільки дурень відкине хінну кору на тій підставі, що вона виросла не на його капуснику. Ніхто не стане діставати здалеку те, що в його будинку також добре чи краще. У праві виражається принцип не тільки національний, але й універсальний. Виключний розвиток принципу національності веде до застою й омертвіння народного життя. Але з цього не випливає, щоб при питанні про утворення права національністю варто знехтувати. Право, що зародилося у сфері національній, своє право міцніше, стійкіше, ніж запозичене. Завдяки національному походженню, право даного народу не може втратитися серед інших народів. Але цей самородний, національний витвір може одержати належну форму і відповідний зміст тільки при спілкуванні одного народу з іншими, тільки через запозичення одним народом в іншого необхідних елементів для цілості й удосконалення самородного права»⁴³³.

Посилаючись на факти, М. Ю. Чижев не погоджується з думкою представників історичної школи про те, що в того самого народу повинне бути однакове право, що виплило з його духу. Учений наводить приклад того самого німецького народу: той самий німецький народ має не однакові права; навіть у тому самому німецькому народі є такі частини, що керуються не правом, що виплило з їхнього духу, їхнього життя, а чужоземним. Розмаїтість прав у того самого народу служить також доказом, що в народі загальнонародного духу, спільного переконання немає і не було.

⁴³³ Чижев Н. Вказ. твір. — С. 39-40.

М. Ю. Чижев, незважаючи на зазначені недоліки і слабкі сторони, підкреслював величезне значення історичної школи в історії правової науки: саме вона вказала мислителям нову основу виникнення права і підірвала корені апіорним висновкам учених у правознавстві; визнала право соціальним фактом, що виник природничоісторичним шляхом; указала нові підстави права в народі, у його історії, а не шукала їх виключно у волі законодавця і тим сприяла відкриттю в історії маси реальних явищ, станів, нравів, звичаїв. Важливим внеском історичної школи стала думка про закономірний розвиток права, про необхідний зв'язок і відносини між попередніми і наступними явищами юридичного життя. Вона відкрила, що право не незмінне, а постійно змінюється, і ця зміна відбувається переважно незалежно від людської сваволі. Ця думка про закономірність юридичних явищ складала, за М. Ю. Чижевим, надбання новітньої науки права, в якій поняття про солідарність і наступність юридичних явищ одержало найширше застосування. Історичній школі належить думка про те, що утворення права відбувається в постійній залежності від характеру, ступеня розвитку, матеріальних відносин, доль народу, і поруч з тими могутніми силами, якими спрямовується історія права, сприяння людського розуму перетворюється на ніщо, якщо він замість знаряддя захоче бути творцем. Саме історичне вивчення права довело, що ряд шаблів розвитку права, що становить із себе органічне ціле, безпосередньо зв'язаний з об'єктивним, реальним життям людського суспільства. Розгляд поступового зросту права призвів до розуміння загальних законів історичного розвитку права. Тим часом, згідно з М. Ю. Чижевим, при такому величезному значенні історії права вивчити її не значить тільки, як вважала сама історична школа, зрозуміти сучасне діюче право, але й відкрити закони розвитку права взагалі⁴³⁴.

У другій половині XIX ст. з'являються вчені, що, відступаючи від вчення історичної школи, пропонують, на думку М. Ю. Чижева, новий шлях з'ясування походження права. Їхні погляди на походження права учений назвав механічним, а їх співтовариство — школою механічного утворення права. М. Ю. Чижев детально роз-

⁴³⁴ Чижев Н. Вказ. твір. — С. 40-41.

бирає основні ідеї представників даної школи (Гарума, Р. Єринга, А. Поста)⁴³⁵.

Зокрема, учений критикує такі думки Гарума: право може відбутися тільки в міцному союзі осіб, якими є родина, суспільство, держава; воля батька родини може стати правом для її членів; підтвердження певного бажання безлічі осіб може утворити право, що дається взнаки одиничним волям як чудова сила; бажання верховної влади може скласти чудову силу, що має значення права. Невірним, за М. Ю. Чижевим, є висновок Гарума про те, що перевага (батька, государя) як реальна могутність є творець сили як права⁴³⁶. Учений вважає, що реальної переваги засновника права ніколи не може бути.

Згідно з М. Ю. Чижевим, погляди Гарума, незважаючи на безліч правильних положень, у цілому не витримують суворої наукової критики. Походження права, за Гарумом, ґрунтується на механіці волі, бо, на його думку, воля існує тільки в особах як індивідах, тому таке посилене бажання, що деяким чином згущається у спільне бажання і як таке підкоряє собі всі одиничні волі (бо воно є право), може виникнути тільки із взаємодії їхніх воель як сил, що взаємно підсилюються і послабляються в залежності від того, чи йдуть ці волі паралельно чи перехрещують одна одну, отже, шляхом механічним. Заперечуючи, що в основі права знаходиться механіка волі, М. Ю. Чижов відзначав, що механіка не придатна для того, щоб додати праву сили і щоб утворити право⁴³⁷. Науці права Гарум не дає ніякої правотворчої діяльності, бо тільки бажання, а не знання, може утворити право. Чижов переконаний, що погляд Гарума на походження права однобічний, що він не пояснює походження права, а тільки описує спосіб утворення права⁴³⁸.

Наводячи основні положення вчення Р. Єринга (право є поняття сили, сила є сутність права, право перебуває тільки в боротьбі й т. ін.), М. Ю. Чижов відзначає, що «таке світило науки права, як Єринг, не уявляє ясно природи права, сидить на догмі права, зма-

⁴³⁵ Чижов Н. Источники и формы права / Н. Чижов. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 186-232.

⁴³⁶ Там само. — С. 196.

⁴³⁷ Там само. — С. 197.

⁴³⁸ Там само. — С. 193.

льовує її дії і цими діями характеризує право як самостійне явище соціального життя»⁴³⁹. Не заперечуючи, що праву зовсім далека примусовість, М. Ю. Чижев доводить, що примусовий характер права не сутність права, не характер його природи, а його ознака, що «право здається примусовим тільки тому, що корінь його шукають не в згоді наших дій з етичним законом нашого духу, а в узгодженні наших дій з оточуючим нас середовищем; джерело права шукається в поза, а не в особистості, не в її дусі»⁴⁴⁰. Для М. Ю. Чижева все, що походить від поза, завжди є зовнішньою силою, обмеженням і стисненням. «Якби чудова сила складала би сутність права, то вона повинна бути незмінна, бо з поняттям сутності ми з'єднуємо властивість незмінюваності, а поняття сили носить у собі ознаку мінливості. Тому сила не сутність права і погляд «сила породжує право» повинний бути визнаним нетерпимим у науці права»⁴⁴¹. Неспроможними є, на думку М. Ю. Чижева, також думки Р. Єринга про те, що «боротьба супроводжує виникнення права», що «народження права, подібно до народження людини, завжди супроводжується сильними родовими муками». М. Ю. Чижев стверджував, що боротьбою особистість не утворює права, бо перш, ніж особистість почала боротьбу за право, право вже існувало, і якщо особистість береться за право, то значить право, яке вона засвоїла, кимось порушено; саме шлях до відновлення права і є тим процесом, що називається «боротьбою за право», і тому боротьба в даному разі не утворює права і не може бути його джерелом⁴⁴².

Що стосується прикладів Р. Єринга, наведених для підтвердження своїх думок, що право є витвір боротьби (знищення рабства, кріпацтва і т. ін.), то вони, як вважає М. Ю. Чижев, зовсім не зміцнюють його теорії, бо були часи, коли і не було цієї боротьби, коли особистість визнавала свій рабський стан закономірним порядком речей, тим самим здійснюючи принцип рівності, так би мовити, негативно, тобто відсутністю у всіх рабів права. Але осо-

⁴³⁹ Чижев Н. Источники и формы права / Н. Чижев. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 200.

⁴⁴⁰ Там само. — С. 201.

⁴⁴¹ Там само. — С. 203.

⁴⁴² Там само. — С. 204.

бистість в історії бере до уваги і позитивне здійснення принципу рівності, тобто визнання всіх рівними, бо усі мають права, усі вільні. Цей історичний поворот до позитивного здійснення принципу рівності на підставі свободи здійснився тільки внаслідок самосвідомості особистості, що звело розуміння пануючих на визнання в рабах собі подібних індивідів, підняло в рабах свідомість, що вони подібні до пануючих і мають таку саму людську гідність, як і пануючі. Якщо це усвідомлення і розуміння в рабах і пануючих відбувалося паралельно, то справа вирішувалася мирно і це поняття і свідомість про свободу особи без тривоги і напружень сформувалося в право. Навпаки, якщо зазначене розуміння здійснювалося напереріз, то відбувалася боротьба; на шляху здійснення права відбувалися криваві сцени: тривала боротьба, що призводила чи до нового поневолення рабів, котрі заявляли про свої права, чи до поставлення усвідомленого права у відому форму⁴⁴³.

Проведений детальний аналіз дозволяє М. Ю. Чижову дійти висновку про те, що право як духовно-моральна сила не утворюється боротьбою, а воно випливає з людського духу, і походження право повинне бути зведене не на створення форм права (у вигляді норм), а найпевніше на розвиток поняття права. Це поняття права особистість набуває головним чином пізнаванням вимог етичного закону людського духу. Те, що звичайно називають походженням права, належить до формулювання усвідомленого права⁴⁴⁴.

А. Пост, якого М. Ю. Чижев характеризує як одного з провідних представників сучасного реалістичного напрямку, нрави і право виводив не з людського розуму, а з атомістичної «грундуатури» всіх людей і людських родових організмів, із загального світового закону поділу праці⁴⁴⁵. За М. Ю. Чижовим, А. Пост не надає особистості ніякої самостійності, унаслідок чого і творчої сили у сфері правоутворення. У суспільному житті він звів її на ступінь атома, чим опрідметів особистість, поставив її слугою вищого родового організму, в якому особистості з'єднуються не етично й інтелектуально, а фізіологічно. Та сила, що створена разом із всіма атомами,

⁴⁴³ Чижев Н. Источники и формы права / Н. Чижев. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 205-207.

⁴⁴⁴ Там само. — С. 207.

⁴⁴⁵ Там само. — С. 212.

сила розумна і вільна, котра дає основу для поняття людської особистості, знищується у своїй самостійності й підводиться під дію світового механічного процесу⁴⁴⁶.

На думку М. Ю. Чижова, брати корені права в поза і зневажати правоутворюючим елементом, ставлячи його у страждаюче становище при зачатті й народженні права, відносити право — явище особистого духу — до витворів механічного стикання індивіда з організмом і організму з організмом, шукати причину, що утворює право, у самозбереженні організму, а не індивіда, означає зовсім не розуміти справи чи навмисно закривати очі перед дійсністю. Таким чином, визнання людини атомом родового організму зовсім не доречно в уявленні процесу правопоходження, бо це визнання не узгоджується з історією і природою особистості: весь процес походження і розвитку права доводить, що особистість послідовно прагнула до засвоєння права, щоб там набути не пасивного, а активного ставлення до організму, щоб особистість як активна сила керувалася у своїх діях усвідомленими вимогами етичного закону⁴⁴⁷.

М. Ю. Чижов критикує думку А. Поста про те, що до держави не було права, був лише нрав, що, як відображення закону поділу праці, визначав органічне ставлення людей один до одного і до різних видів родових організмів; цей нрав у державі називається правом. Учений був упевнений, що право було і до держави, воно почало жити зовнішнім життям з часу стикання однієї людини з іншою, але тільки було в різних формах буття людської особистості не однакове розуміння права і, відповідно до цього, не однакове зовнішнє вираження права⁴⁴⁸. Право, що існує до держави, називати нравом М. Ю. Чижов вважає цілком зайвим і, слідом за П. Карасевичем, відзначає, що це обмежує право сферою держави.

Якщо до держави був нрав, що, за А. Постом, є загальний тип, з якого виходить моральність, право, господарство, держава, то, запитує М. Ю. Чижов, яким же чином згодом родові поняття (нрав) стає частиною його видового поняття (держави), яким чином держава є згодом творцем права (нраву). Якщо держава є витвір права

⁴⁴⁶ Чижов Н. Источники и формы права / Н. Чижов. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 218.

⁴⁴⁷ Там само. — С. 223.

⁴⁴⁸ Там само. — С. 225.

як загального типу, то вона, за М. Ю. Чижевим, не витворить права (нраву), як частина не витворює цілого⁴⁴⁹.

Таким чином, і представники школи механічного утворення права, що відступили від учення історичної школи, своїм новим ученням не дали задовільної відповіді на запитання: звідки виходить право? Де його джерело? Детально розбираючи погляди цих мислителів, М. Ю. Чижов доходить висновку, що вони питання про джерело права анітрошки не просунули вперед, що теорії цих учених також впали в крайності, що позбавляють їх суворо наукового значення⁴⁵⁰.

При вирішенні питання про джерело права сам М. Ю. Чижов аналізує духовну природу людини (її закони) як таку, як конкретного, дійсного творця права, вважаючи суспільство, державу тільки середовищем, у якому живе утворене право. Правотвірну силу він шукає в суб'єкті, у його дусі, а не в зовнішньому середовищі, що охоплює його (природа, Бог, соціальні організми). Він пише: «Якщо ми під засвоєнням людиною права розумітиме набуття нею усвідомлення природи права для належної здійсненості людської свободи, для постановки юридичної свідомості в числі реальних причин, що дають визначеність даним життєвим відносинам людей між собою, то джерело права ми знайдемо тоді, коли зрозуміємо природу свідомості, що відкриває закони і потреби людського духу, як причини майже всіх соціальних явищ, до числа яких належить і право. Унаслідок цього можна сказати, що людина знаходить і знайде джерело права тільки через самосвідомість»⁴⁵¹.

Відповідно до поглядів ученого, поняття права і його вираження криє свій початок в одному загальному джерелі — у людському дусі, в етичному законі людського духу⁴⁵². Він правотворчу силу відносить до суб'єкта, до особистості.

⁴⁴⁹ Там само. — С. 225-226.

⁴⁵⁰ Там само. — С. 187.

⁴⁵¹ Чижов Н. Источники и формы права / Н. Чижов. — Варшава : Типогр. Ивана Носковского, 1878. — С. 5.

⁴⁵² Чижов-Метла Н. Обычай и закон как формы права (статья третья) / Н. Чижов-Метла // Юрид. вестник. — 1878. — № 8. — С. 40.

РОЗДІЛ 3

ІНСТРУМЕНТАЛЬНИЙ РІВЕНЬ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

3.1. НАДІЙНІСТЬ ПРАВА ЯК ВІДОБРАЖЕННЯ ЙОГО ІМУННОЇ ВЛАСТИВОСТІ

Право виступає як цивілізаційна константа, оскільки існує в самих різних цивілізаціях і культурах. Багато в чому це визнається тим, що право відповідає потребам розвитку людини від ситуації соціального хаосу до соціального порядку, створюючи умови для узгодження інтересів індивіда в межах соціальної цілісності, що якраз пов'язано з високим рівнем надійності права як найважливішої складової сучасної соціальної системи. При цьому використовуються такі концептуальні ідеї людського існування, як збереження традиції, еквівалентності, інституціональна визначеність, владна забезпеченість права. Усе розмаїття правового життя культур і цивілізацій пройняте цими концептуальними ідеями, які в процесі соціального розвитку затверджуються і відтворюються як принципи права в правовому менталітеті, правовому мисленні, правових нормативах і цінностях.

Характерно, що, незважаючи на зміни в правовому розвитку від доби премодерна (традиційного суспільства), через добу модерну (Нового часу), до доби постмодерну, право зберігає свої концептуальні особливості, зокрема, принцип еквівалентності відплати (ваги як символ правосуддя), розмежування правового і морального мислення в усі епохи людського буття. Або принцип інституціональної визначеності, вираженої в існуванні суду, який зберігає свою стійкість і значимість, пройшовши крізь століття і покоління. Концептуальні підстави права отримують своє втілення

в особливостях мови права і специфіці правового мислення. При цьому мова права і правове мислення є визначальними факторами не тільки розвитку професійної правової культури як центру правової культури суспільства, але безпосередньо пов'язані з правовим менталітетом, правовими традиціями і правовими інститутами — цими засобами правової трансляції цивілізаційних підстав людської ідентичності та соціальної цілісності. Можна стверджувати, що правовий спадок суспільства, який включає різноманіття правових явищ, отримує своєрідність не стільки через використовувані джерела права, як це прийнято вважати, скільки виражається в сформованій системі правового транслювання, що включає мову права, правове мислення, правовий менталітет, правові традиції і правові інститути.

Конфліктне призначення права і його здатність забезпечувати цілісність людським спільнотам у різних цивілізаціях і культурах виводять до розгляду імунної властивості права.

Постановка питання про право як імунну систему суспільної організації пов'язана з ім'ям Нікласа Лумана, який, зокрема, відзначав, що «надійність, забезпечена правом, ґрунтується саме на тому, що комуціювання очікувань продовжує функціонувати і в разі суперечності, нехай навіть зі зрушенням по відношенню до нормального способу комунікації, з іншими параметрами приєднання». Звідси головне призначення права не в тому, щоб відбувалося якомога більше законних дій і якомога менше незаконних, або реалізовувався громадський порядок всупереч вільному розвитку людської волі. «Право має виконувати функцію імунної системи і призначене цьому»⁴⁵³.

Історія розвитку права дає яскраві приклади виконання правом свого імунного призначення. Так, в Шестикнижжі Костянтина Арменопула (Кишинів, 1850) у статті «Про вид в будинок сусіда» говориться: «Деякі з цікавих і заздрісних людей забороняють іншим будувати будинки, звідки можна дивитися в будинок сусідів. Однак сього і закони не забороняють, і за старими будинкам не видно, щоб древні сему противилися: бо всі будинки стоять один проти іншого і жоден із стародавніх на це не досадував. Тому і

⁴⁵³ Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории. — СПб, 2007. — С. 489-492.

ми не почитаємо за шкоду, щоб від одного будинку видно було в іншій, а хто вважає се за шкоду, той нехай затулить будинок свій, щоб всередину не було видно, решітками або загородити, або чим хоче, але іншому нехай не заважає будуватися, бо несправедливо, щоб хто-небудь затуляв свій будинок з причини шкоди іншого»⁴⁵⁴.

З тексту наведеної правової норми випливає її імунне призначення для міських поселень, яке виражається в наступному: 1) не допустити виникнення конфліктів при будівництві будинку шляхом збереження існуючого порядку речей у сфері будівництва; 2) нормативно-правовою підставою забезпечення сталості при вирішенні питання про будівництво будинку є закони та звичаї предків; 3) здійснення права на домоволодіння і на будівництво будинку не може обмежувати права інших осіб, тобто встановлено недопущення зловживання правом.

Зв'язок надійності права з його імунною властивістю яскраво простежується в сучасному праві. Зауважимо, що сучасне право характеризується його належністю до ХХІ століття і пов'язане з нестійкістю догми права — свого головного надбання колишніх часів. Догма права стає плинною, що позначається не тільки на буденній і компетентній правосвідомості людей, але й підриває підстави професійної правосвідомості. Юристи втрачають стійку законодавчу базу для прийняття правових рішень, і все більше спираються на імунні властивості права, покладаючись на власну правову культуру і правовий досвід, запозичуючи матеріал для рішень в доктринальній сфері і сформованій юридичній практиці.

Для розвитку сучасного права актуальне питання про те, як зберігти надійність права в умовах різкого загострення протиріч у змісті самого права: право на несхожість (індивідуальність) і право на однаковість (соціальність). Справді, виявляється, що право доби модерну було націлене на утвердження соціальної однаковості, воно нівелювало індивідуальність. Між тим, право доби постмодерну прагне стверджувати індивідуальність, наполягаючи на неподібності як визначальній складовій соціального простору.

Сучасне індивідуалізоване суспільство задає високий рівень конфліктності буття, зумовлюючи посилення значення права як за-

⁴⁵⁴ Ручная книга законов, или Шестикнижие, или о законах судебных, обрядах вольности и возвращения имущества, ч. I. — С. 162.

собоу вирішення конфліктів (конфліктне призначення права). При цьому установка права на персонального користувача призводить до того, що закон перестає сприйматися як сакральне начало, оскільки нормативне регулювання все частіше підміняється доцільністю і координацією. Деперсоналізація права доби модерну заміщається пошуками правової особистості доби постмодерну.

Минуле використання імунної властивості права перестає спонукати суб'єктів зважати на своє оточення, обмежувати власні бажання. Справа в тому, що в умовах модерну ці вимоги права сприймалися як традиційні, звичайні і, по суті, не порушувалися. Не випадково проблема зловживання правом у минулі часи була екзотичною, вона не зачіпала різні сфери правової реальності. Постмодерн приніс із собою повсюдне поширення ігнорування індивідом іншого і тією цілісністю, до якої він належить. Звідси зростаюча кількість ситуацій зловживання правом і, одночасно, нормативних спроб їх регламентації в самих різних сферах правового регулювання, від галузі цивільного до кримінального права. Сьогодні комплекс правоутворюючих факторів набуває все нових обрисів, що визначається не тільки існуванням такого потужного чинника еволюції права, як глобалізація, а й людською суб'єктивністю, де на рівні ментальності відбуваються динамічні процеси, що визначають сучасний ландшафт буття права і особливості його імунної властивості.

Можна констатувати, що класичне право було звернуто до нормативної суб'єктивності, характеризувалося стабільністю, самозвітністю, орієнтацією на непорушні принципи. У сучасному праві всі ці характеристики поставлені під сумнів, оскільки дають про себе знати: невизначеність і приблизність у здійсненні права; детериторізація суб'єкта як відображення глобалізації; атемпоралізація суб'єкта як фрагментація людського існування.

Розчинення особистості в різноманітних і незв'язаних шарах масової культури розхитує традиційні соціальні інститути, а фрагментарність і різноманітність існуючих цінностей підриває сформовану нормативність, в тому числі, правопорядок, призводить до втрати стійкої приналежності людини до певного способу життя, позначається на його ставленні до права. На тлі захопленості власним іміджем і своїм життям відбувається скорочення набору за-

гальнозначущих норм і цінностей⁴⁵⁵, поширене не тільки незнання загальних начал культури, виражених у праві, а й стирання граней між нормою і патологією. Помітною стає відмова людини від тієї суб'єктності, яка представлена в концентрованому вигляді в праві європейської цивілізації. По суті, руйнується звична суб'єктивність як активне і відповідальне начало буття в нормативно організованому суспільстві, а інституціональні структури вже не можуть погоджувати діаметрально розбіжні цілі та інтереси. Усе це призводить до підриву імунної властивості права, його можливості бути сферою узгодження інтересів і системою подолання конфліктів. Можна констатувати, що сучасне життя створює великі складнощі на шляху правової соціалізації людини, її становлення як правової особистості, оскільки складається ситуація несприйнятливості права і відмова від руху до правової суб'єктності.

Сучасна людина перебуває як би в двох вимірах, що визначають її роздвоєння, з одного боку, вона живе в кордонах цивілізації, спрямованій до центрації, а, з іншого — в культурі, налаштованій на децентрацію. Між тим, ситуація, що деіндивідуалізація права не може бути перепорою для його використання як сфери персоніфікації, навряд чи в сучасному суспільстві можлива поза правом. Тому традиційно визнаний пріоритет об'єктивного права над суб'єктивним втрачає сенс. Суб'єктивне право виводиться в центр правової реальності, відображаючи плюралістичну картину буття. Не випадково навіть уявлення про право (праворозуміння) починає виходити не з регулятивних його характеристик, а з координації дій суб'єктів і сфер їх соціального буття.

Як справедливо відзначено в юридичній літературі, ми тільки сьогодні наближаємося до того, що стало майже аксіомою дореволюційної юриспруденції, а саме, до розуміння того, що суб'єкт права, правова особистість є зовсім не правовою посередністю як якась типова фігура, а індивідуальністю, правовою особистістю.

З проблемою змін в імунній системі права і висуненням суб'єктивного права в центр правової реальності пов'язані твердження про необхідність визнання особливості форми буття права — актуального права, що має свої специфічні джерела, сформовано-

⁴⁵⁵ Шугуров М. В. Правовая субъектность и инверсии современной культуры / М. В. Шугуров // Общественные науки и современность. — 2005. — № 1. — С. 80.

го особливими шляхами і особливими суб'єктами. Це актуальне право⁴⁵⁶ розглядається як сукупність норм, створюваних громадянським суспільством і державою в сфері законодавчого регулювання при реалізації права та виконанні функцій конкретизації, адаптації та корекції законів, оновлення правової системи.

У сучасних умовах особливо важливо утвердження ідеї багатогранності суб'єкта права як правової особистості, яка містить у собі різноманітність правових зв'язків. Зауважимо, що уявлення про суб'єкт як певне начало всього правового, вихідну точку відліку всіх правових явищ і центр системи правових координат дозволяє подолати ту неспроможність механізму дії права, яка все помітніше в зв'язку з високим рівнем індивідуалізації суспільства. По суті, індивідуалізоване суспільство — це виклик праву, яке має реагувати на цей виклик не тільки виведенням суб'єкта в центр правової системи, а й відповідною персоналізацією всіх компонентів правового буття, що відображається в його імунній властивості. У представленому ракурсі перспективним є розгортання досліджень у рамках правової антропології, де здійснюється кореляція «образу права» і «образу людини» стосовно сучасного стану правової реальності⁴⁵⁷. Кардинальні зміни «образу людини» доби постмодерну повинні відповідними новими положеннями підкріплювати «образ права», який традиційно виходить не тільки зі здібності людини бути суб'єктом права, але з визнання права за іншими бути такими ж. Як видається, персоналізація права за доби постмодерну не тільки принципово змінює становище суб'єкта права у правовій системі, а й формує розгорнуту палітру фарб, за допомогою яких може бути виписана індивідуалізація правового життя сучасного суспільства.

Незважаючи на загальнотеоретичний статус, будь-яка дефініція права, в першу чергу, розглядається в призмі її практичного використання. Зауважимо, що неминучим є існування різноманіття визначень права, яке пов'язане з його багатоманітністю, незводимістю до норм, відносин, ідей. Більш того, різноманітність визна-

⁴⁵⁶ Муравский В. А. Актуальное право: происхождение, сущность, источники, соотношение с законом : монография / В. А. Муравский. — Екатеринбург : Изд-во Гуманит. ун-та, 2004. — С. 444.

⁴⁵⁷ Философия права / Под ред. О. Г. Данильяна. — М. : Эксмо, 2006. — С. 232-233.

чень права зумовлена також його існуванням в інституціональному, загальносоціальному і філософському вимірах⁴⁵⁸, коли вельми складно перекинути місток від права як нормативної системи до права як еталону свободи, справедливості, порядку. Однак особливості розвитку людини, суспільства і держави постійно диктують цю необхідність розвитку дефініції права, тому неминучою є поява нових його характеристик і визначень.

Сьогодні ще більше, ніж у минулі роки, утвердилось уявлення про те, що недоцільною є постановка питання про вихід до єдиного визначення поняття права. Зауважимо, що навіть в радянській юриспруденції, коли визначення права мало бути єдино вірним і нав'язувалося вченим і практикам, насправді існували й використовувалися різні його дефініції.

Стрімкість змін у житті сучасного суспільства, все більша його індивідуалізація та глобалізація відображаються в кардинальних змінах правової реальності, що позначається на всьому використовуваному правовому інструментарії і професійній підготовці юристів. При цьому помітна не тільки зростаюча антропологізація і аксіологізація права, але і все більша його духовна спрямованість, що дисонує з усталеним протягом століть раціоналізмом і відокремленням правових нормативів від релігійних канонів. У призмі цього нової актуальності набувають питання аксіоматичних начал (постулатів) права.

У сучасному філософському словнику постулат (лат. *postulatum* — вимоги) визначається як стан, який служить підставою для здійснення змістовних міркувань і висновків. При цьому зазначається, що навряд чи припустимо ототожнення постулату з аксіомою, оскільки постулат передбачає меншу суворість і лінійність висновків, відсутність жорсткого наслідування правил логічної функції, що якраз дозволяє розрізняти сфери застосування аксіом (природно-наукове знання) і постулатів (соціогуманітарне знання). Показово, що наявність у системі знання постулатів характеризує її як досить розвинену з точки зору рефлексії над своєю логічною структурою та еволюцією⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Алексеев С. С. Право : азбука — теория — философия : опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — С. 712.

⁴⁵⁹ Новейший философский словарь : 3 изд., испр. — Мн. : Книжный Дом, 2003. — С. 787.

Помітно, що сучасна юриспруденція як система знань виробила свої аксіоматичні начала, які можуть бути представлені як постулати права. Думається, що постулати права не слід ототожнювати з принципами права, які як основоположні ідеї пронизують усю правову сферу.

Високий рівень формалізації правової сфери призвів до того, що визначальним постулатом постає праворозуміння, а побудова правової теорії (юриспруденції) часто здійснюється за допомогою аксіоматичного методу як роботи з формалізованою системою (системою права або правовою системою)⁴⁶⁰.

Серед найважливіших постулатів права, що забезпечують аксіоматичний характер правової сфери, — постулат правового дуалізму, виражений в поділі права на природне і позитивне, об'єктивне і суб'єктивне, приватне і публічне, матеріальне і процесуальне.

Отримав визнання постулат, часто іменований правовим плюралізмом, виступаючий як наявність у правовому житті різноманітних джерел права. У системі соціального регулювання використання терміну «джерела права» дає можливість, у першу чергу, відмежувати сферу права від інших сфер соціального життя, по-друге, дозволяє забезпечити різноманітність використовуваних у правовому житті суспільства джерел права, і, по-третє, виділити зв'язки, існуючі між джерелами права і вийти до системи джерел права.

У розвитку сучасних правових систем превалювання одного з джерел права у вигляді придушення інших джерел права (правовий монізм) не припускається. Характерною в цьому зв'язку є практика радянської правової системи, яка показала неспроможність такого походу. Сьогодні законодавче (статутне) право з його основним джерелом — нормативно-правовим актом — не тільки переживає серйозну кризу, але все більшою мірою включає до свого середовища використання прецедентного права, нормативних договорів, правових звичаїв, юридичної доктрини тощо. Особливо яскраво прояви постулату правового плюралізму виражено в затвердженні системи джерел права та їх ієрархії.

Інший значущий постулат пов'язаний з цілісністю правової системи і постає як постулат правової цілісності. Постулат пра-

⁴⁶⁰ Оборотов Ю. Н. Правопонимание как аксиоматическое начало (постулат) права / Ю. Н. Оборотов // Право Украины. — 2001. - № 1. — С. 107-114.

вової цілісності фіксує два важливі моменти правового буття. По-перше, у соціумі за допомогою права досягається з'єднання в ціле певних спільностей людей, для яких правові нормативи і рішення виступають об'єднуючим фактором. У сучасному світі неможливо уявити існування суспільства як ціле поза правом і без права. По-друге, не можуть розглядатися як право навіть такі значущі його складові, як правова норма, правовідносини, акти реалізації права тощо. Відомо, що навіть до догми права, при всьому її значенні для механізму дії права, не може бути зведене право. Постулат правової цілісності спрямований на визнання багатогранності правового буття і незводимість права до однієї з його складових.

Постулат правової забезпеченості пов'язаний, по-перше, з легалізацією і легітимацією права; по-друге, з утвердженням суворо визначеної послідовності дій (процедурою, процесом); і, по-третє, із застосуванням державного та іншого передбаченого примусу.

Нарешті, аксіоматичне значення для права має належність до певної правової сім'ї, що виражено за допомогою постулату правової належності. Питання про правову належність має принципове значення не тільки з точки зору історії розвитку певної правової системи, а й важливе для ефективного вирішення проблем правової політики, особливо в умовах процесів глобалізації міжнародного права та інтеграції національних правових систем. Вирішальне значення при визначенні належності правової системи до певної правової сім'ї мають ті чинники, які дають підставу констатувати таку належність. Систему цих складових іменують правовим стилем і в його зміст включають п'ять факторів: історичне походження і розвиток правової системи, пануючу доктрину права та її специфіку, специфічні правові інститути, джерела права та їх інтерпретація, особливості правової ідеології. Кожна національна правова система має свій стиль, однак у ньому є щось спільне, що дозволяє свідчити про правову належність даної правової системи до певної правової сім'ї.

Таким чином, аксіоматичні начала права складають постулати праворозуміння, правового дуалізму, правового плюралізму, правової цілісності, правової забезпеченості і правової належності.

Розглядаючи процес розвитку права в різних культурах і цивілізаціях, можна виділити:

1) парадигми донаукового праворозуміння (міфологічне, теологічне), які існували в період, коли юриспруденція ще перебувала в стадії становлення і не існувала як самостійна область гуманітарного знання;

2) парадигми наукового праворозуміння, коли відбувся поділ сфер релігійного і світського і коли розвиток світської сфери став визначатися раціональністю, зав'язаною на можливостях людського розуму. Інакше парадигми цього періоду (нормативна, соціологічна, психологічна та ін.) можуть бути названі парадигмами юридичного раціоналізму;

3) парадигми постнаукового праворозуміння, існування яких припадає на добу постмодерну, коли відбувається криза раціональності і з'єднуються знання і віра, закономірності та випадковості, істина і цінність. Парадигми цього періоду (антропологічна, комунікативна, інтегративна, ціннісно-нормативна та ін.) можуть бути названі парадигмами праворозуміння постмодерну.

У цілому ж, на основі представлених підходів до правової реальності, а також з урахуванням принципових змін в праві і державі доби постмодерну можна запропонувати таке визначення поняття права, яке відображає одну з можливих парадигм праворозуміння — ціннісно-нормативну, що виражає імунну властивість права і його націленість на ефективність і надійність функціонування. Право — це історично сформована, морально обґрунтована і релігійно вивірена, легалізована ціннісно-нормативна система, розрахована на загальне визнання (легітимацію) і відповідну поведінку людей, організацій, соціальних спільнот, в якій використовуються процедури, формалізовані рішення і державний примус для попередження та вирішення конфліктів, збереження соціальної цілісності.

Специфіка пропонованого праворозуміння виражена, перш за все, в уявленні про право як ціннісно-нормативну систему, що підкреслює не тільки нормативний, а й ціннісний сенс усього механізму дії права. З цих позицій право є вираженням надійності і націлене на закріплення, ранжування, перерозподіл та охорону існуючих цінностей, а також інформування про цінності, які таким чином стають цінностями права. Одночасно в самому праві складаються різноманітні специфічні цінності (правові цінності),

що несуть у собі цивілізаційні та культурні відкладення, пов'язані з розумінням свободи, справедливості, порядку, збереження себе, близьких і всієї соціальної цілості.

У ціннісно-нормативному праворозумінні виражена імунна властивість права і його трансляція через століття і покоління за допомогою правового менталітету, правових традицій, правових інститутів, що дає можливість простежити історичну зумовленість права, його моральну обґрунтованість і його відповідність традиційним релігійним підставам.

Важливо підкреслити, що ціннісно-нормативна система права розрахована на її визнання народом, тобто легітимацію, яка забезпечує цій системі надійність, дієвість і ефективність. Безсумнівно, легітимність — це лише важлива передумова того, щоб правовий механізм функціонував, оскільки навряд чи можна вирішити завдання правового впливу не використовуючи такі правові інструменти, як стійкі процедури, формалізовані рішення і засоби державного примусу.

Нарешті, центральними ідеями ціннісно-нормативного праворозуміння виступають, по-перше, конфліктне призначення права і, по-друге, необхідність збереження існуючої соціальної цілості. Імунна характеристика права та її вираження у професії юриста пов'язується з можливостями попереджати виникнення конфліктних ситуацій, а при виникненні конфліктів — здійснення оптимального їх вирішення. Саме так надійність права як відображення його імунної властивості з моменту його становлення аж до сьогодні пов'язано із забезпеченням цілості людського існування від роду і племені в стародавньому суспільстві до сім'ї і держави в сучасному житті.

Використання в сучасному праві ціннісно-нормативного типу легітимації дозволяє долати розрив, що посилюється між соціальною ситуацією і правовою нормою. Саме імунна характеристика права пов'язана з ціннісною легітимацією правової системи. При цьому потрібно підкреслити, що право завжди виступає як ціннісно-нормативна система. Інша справа, в яких обсягах і за якими напрямками ця ціннісна складова використовується для вирішення конкретних завдань забезпечення механізму дії права.

Імунна властивість права зумовлює його особливості як особливої нормативної сфери належного, зумовлює єдність цієї нормативності з цінностями права і правовими цінностями. У цьому зв'язку використання поняття «легітимність» у ставленні до права як підпорядкування йому всіх можливих зацікавлених осіб виступає також як вираз імунної характеристики права, яка суть надійності соціального буття.

Слід сказати, що імунна властивість права підринається інфляцією права, яка, зокрема, виражається у невідповідності кількості правових нормативів соціальним потребам людини і суспільства.

В Україні особливо помітна ця інфляція в сфері законотворчості, де кількість законодавчих актів починає переходити всі розумні межі. Прагнення до все більшої кількості законів не призводить до підвищення їх ефективності, а навпаки, робить їх в очах населення все більш приниженими, такими, що втрачають ореол відомої висоти і надзначущості. Інфляція права виявляється у вигляді невідповідності положень та нормативів чинного законодавства нормам Конституції, винесення державно-владних рішень, розбіжних з вимогами верховенства права і верховенства закону, нездійснення винесених судових рішень тощо. У цілому, інфляція в правовій сфері може бути свідченням нездатності існуючої державної влади відповідати принципам і вимогам правової держави. Інфляція права призводить до підміни механізму дії права іншими формами і засобами соціального та асоціального регулювання і таким чином призводить до підриву імунних можливостей права.

Імунний характер права помітно позначається на використанні різноманітних правових засобів. Зокрема, стосовно до використовуваних правових санкцій вони можуть бути розділені на «автоматичні» і «неавтоматичні», при цьому перші застосовуються без виникнення спеціальних юридичних фактів. Найширше розповсюдження «автоматичні санкції» отримали в міжнародному праві. Зауважимо, що як особливий вид правових санкцій «автоматичні санкції» зумовлені юридичними фактами у вигляді протиправної або заслуженої поведінки адресата, негайного їх здійснення і незмінного правового статусу адресата⁴⁶¹.

⁴⁶¹ Васильев П.В. Автоматические санкции в российском праве (теория, практика, техника) автореферат дис. канд.юр.наук специальность 12.00.01. Н.Новгород, 2014. — С. 18-19.

На нашу думку, правове життя повинне координуватися не тільки за допомогою науково обґрунтованої, стратегічно і тактично вивіреної правової політики, але спиратися також на використання імунних властивостей права і різних засобів апологізації права.

Апологізація права за доби постмодерну повинна здійснюватися з урахуванням кризи тих фундаментальних характеристик права, якими воно володіло в епоху модерну, а саме: об'єктивізму, раціональності, фундаменталізму, стабільності та одномірності. Тому так важливо виявити ті позитивні риси, які склали основу існування права епохи постмодерну. Можна погодитися з думкою І. Л. Честнова, що такими мають стати, по-перше, визнання для права мінливого змісту, тобто опора не так на статистику, а на динаміку права при збереженні його нормативності; по-друге, з'єднання в праві об'єктивності, котра виражає його нормативність, і активності суб'єкта; по-третє, поєднання в праві протилежних елементів (належного і суцього, матеріального і ідеального, загального і особливого тощо), що забезпечить діалоговий характер права ⁴⁶².

Сьогодні право неминуче модифікується в ціннісно-нормативну систему з ієрархізованою системою цінностей у правовій сфері з уявленнями про можливість розбіжностей між такими визначальними цінностями як свобода, справедливість і порядок, і в цьому зв'язку — з ситуативною перевагою кожної з цих цінностей правового буття, що відображає імунну функцію сучасного права і досягнення ним дієвості, ефективності та надійності.

3.2. ЗАГАЛЬНОГУМАНІТАРНІ ЗАСОБИ У СИСТЕМІ МЕТОДОЛОГІЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Констатація кризових явищ у методології є одним із загальних місць сучасного суспільствознавства, не виключаючи юридичної науки. Як уявляється, саме методологічні проблеми є основною причиною того, що сучасна юриспруденція ні в Україні, ні у світі не створила жодної принципово нової загальної теорії права. Слід погодитись з висновком В.В. Лапасьової про наявність у сучасному

⁴⁶² Честнов И. Л. Теоретико-методологические основания взаимоотношения общества и права / И. Л. Честнов // Право и общество: от конфликта к консенсусу / Под общ. ред. В. П. Сальникова, Р. А. Ромашова. — СПб, 2004. — С. 29.

правознавстві не теорій права, а всього лише типів праворозуміння, що є, своєю чергою, парадигмами пізнання права — теоретико-методологічними підходами до формування образу права і до розуміння сутності права, які здійснюються з позицій того чи іншого теоретичного бачення проблеми в рамках певної методології аналізу⁴⁶³. Брак інноваційної загальної теорії права зумовлює те, що галузеві правові теорії теж не відрізняються особливими новаціями, залишаючись на позиціях юридичного позитивізму та у кращому випадку запозичуючи деякі нетрадиційні підходи в дусі інтегрального праворозуміння для постановки та вирішення окремих проблем⁴⁶⁴.

Як уявляється, сучасний соціальний простір відмітний тим, що зумовлені технологічним прогресом соціальні практики значно випереджають теоретичні напрацювання. Наприклад, правова теорія досі не може дати однозначної відповіді на такі нові соціокультурні явища, як біометрична ідентифікація людини, трансплантологія та евтаназія, інтернет-відносини, а також адекватно пояснити трансформацію старих явищ та процесів, як-от віртуалізацію соціальних суб'єктів, трансформацію державного суверенітету тощо. Інакше кажучи, йдеться про відрив теорії від дійсності, який, на думку Є. Доманської, спостерігається у сучасній гуманітаристиці загалом⁴⁶⁵.

Не в останню чергу методологічні проблеми пов'язані також з суто наукознавчими проблемами, зокрема з особливим становищем правознавства в системі знань. Як уявляється, найобґрунтованішим виглядає розміщення правознавства у системі гуманітарних наук, або інакше — серед наук про дух, а не про природу (попри

⁴⁶³ Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: монография / В.В. Лапаева. — М.: Российская академия правосудия, 2012. — С. 28.

⁴⁶⁴ Козаченко О.В. Кримінально-правові заходи: культуро-антропологічний вимір : монографія / Олександр Васильович Козаченко. — Миколаїв : Іліон, 2011. — С. 504.; Шокумов Ю. Ж. Современное естественное право и частно-правовой договор как форма его существования : автореф. дисс. на соискание учен. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 — Теория права и государства ; История права и государства ; История политических и правовых учений / Ю. Ж. Шокумов. — Ростов на Дону, 2000. — С. 32.

⁴⁶⁵ Доманська Є. Історія та сучасна гуманітаристика: дослідження з теорії знання про минуле / Єва Доманська ; пер. з польск. та англ. — К. : Ніка-Центр, 2012. — С. 203.

наявні сьогодні спроби пояснення правових явищ та процесів у дусі наївного натуралізму⁴⁶⁶). Своєю чергою, в системі гуманітарних наук правознавство традиційно відносять до суспільствознавчих дисциплін. Так, на думку І.Л. Честнова, юридична наука — це спеціальна соціологічна теорія, самостійність якої досить відносна (вона відносна з погляду самостійності права по відношенню до інших соціальних явищ). Тому, тільки вивчаючи право як сторону суспільства, можна побудувати адекватну йому теорію⁴⁶⁷. Не заперечуючи цього висновку в цілому, слід відзначити, що за бортом правознавства в такому випадку залишаються психологічні аспекти права, тоді як життя підтверджує актуальність і плідність і психологічної теорії права, виробленої Л. Петражицьким.

Слід додати, що безсумнівним видається віднесення права та держави до явищ цивілізації та культури, у зв'язку з чим не тільки соціологічні, але й культурологічні методологічні засоби видаються необхідними для побудови сучасної правової теорії⁴⁶⁸. Своєю чергою культура, що трактується як соціальна пам'ять людства, зумовлює історичний погляд на державу і право. Слід погодитись з аргументованим висновком М. А. Дамірлі про те, що право має власну історію: в онтологічному сенсі як історична правова реальність, а в гносеологічному — як історико-правове пізнання⁴⁶⁹. Гуманітаристика, і правознавство як її складова, є неможливою як система знань без знань про основного суб'єкта історії та культури, а саме людини. У зв'язку з цим слід урахувувати антропологічний підхід до права як системи взаємопов'язаних зобов'язань, що розглядаються як право на одному боці і визнаних як обов'язок на іншому.

⁴⁶⁶ Костенко О.М. Соціальний натуралізм як методологічний принцип юриспруденції і кримінології/ О.М. Костенко// Вісник академії правових наук України. — 2004. — № 4. — С. 133-145.

⁴⁶⁷ Честнов И. Л. Методология и методика юридического исследования : учеб. пособие/ И.Л. Честнов. — СПб. : С.-Петербург. юрид. ин-т Генер. прокуратуры Рос. Федерации, 2004. — С. 62.

⁴⁶⁸ Бирик О.Н. Культурологический подход к исследованию государства и права / О.Н. Бирик Вестник Омского университета. — Сер. «Право». — 2009. — № 2(19). — С. 14-22.

⁴⁶⁹ Дамирли М.А. Право и история: Эпистемологические проблемы / М.А. Дамирли. — СПб. : Изд-во Санкт-Петербург. ун-та, 2002. — С. 190.

Отже, специфіка предмету правової науки зумовлює між-дисциплінарний характер її методології і широке застосування пізнавальних прийомів гуманітаристики в дослідженні державно-правових явищ.

Першим з таких загальногуманітарних засобів, на нашу думку, є дескриптивний метод, а саме — така організація мислення дослідника, що полягає у створенні якомога адекватнішого вербального образу досліджуваного об'єкту за допомогою визнаних у науці або заново сконструйованих ним опорних термінопонять. Так, для правової науки такими опорними термінопоняттями є держава та її органи, право та його складові, законодавець, юридичний факт, дата, документ тощо.

Алан Мегілл, визначаючи завдання історичної науки, на перше місце ставить опис, тобто розповідь про те, що сталося⁴⁷⁰. Це питання є основним, оскільки без відповіді на нього неможливі подальші дії дослідника, а саме: пояснення (чому сталося?), аргументація (якими є докази причин того, що сталося?), інтерпретація (яке це має значення для минулого та сьогодення?). Результатом опису є науковий наратив, у прикладенні до правової науки — послідовне, як правило, хронологічно або логічне організоване викладення правових фактів. Як уявляється, означена А. Мегіллом послідовність пізнавальних прийомів є застосовною і у правових дослідженнях. Як приклад, відмітимо ґрунтовну монографію «Українська революція гідності, агресія РФ і міжнародне право», яка містить як вихідний пункт дослідження хронології подій в Україні взимку 2013-2014 р.⁴⁷¹. Послідовне викладення фактів дало можливість зробити обґрунтовані пояснення та адекватну інтерпретацію їх правових наслідків.

Не претендуючи на істину в останній інстанції, висловимо припущення, що основними компонентами дескриптивного методу правової науки є такі пізнавальні прийоми:

⁴⁷⁰ Мегилл А. Историческая эпистемология : науч. монография / пер. с англ. Кукарцевой М., Кашаева В., Тимонина В. — М. : Канон+, РООИ «Реабилитация», 2007. — С. 241-242.

⁴⁷¹ Українська революція гідності, агресія РФ і міжнародне право. — К. : К.І.С., 2014. — С. 1016.

- спостереження. Сутність спостереження зводиться до сприйняття та реєстрації властивостей досліджуваного об'єкта, що дає можливість отримати первинну інформацію про об'єкт. Його особливості в історико-правовій науці — обмежені можливості безпосереднього спостереження. Між дослідником та досліджуваним явищем, як правило, стоїть текст (у широкому сенсі слова, тобто не тільки сукупність вербальних, але й невербальних знаків), який може бути фрагментарним та тенденційним. Класичний тому приклад — римський правопорядок. Не маючи можливості спостерігати його в реальному часі, дослідник звертається до Законів XII таблиць, які самі по собі є лише реконструкцією реального документа, до історичних творів, які були написані зовсім з іншою, ніж у нього, метою та ін. Але за умов сучасних інформаційних технологій ніщо не заважає спостерігати сучасні події, які миттєво стають історією. Так, спостереження процесу обговорення та прийняття законопроекту дає можливість для адекватного тлумачення змісту ухваленого нормативно-правового акту, виявлення реальної волі законодавця тощо;

- вербалізація, тобто знаходження (або вироблення) найточніших словесних виразів досліджуваного об'єкта. Спадає на думку, що великий Конфуцій правильне найменування речей та людей («син має бути сином, батько — батьком» та ін.) називав одним з кутових каменів добре організованого суспільства. Вершиною і, певною мірою, метою вербалізації є дефініція. Дефініція має бути точним, адекватним, однозначним виразом поняття. Багатозначність терміну та нечіткість дефініції призводить до втрати змісту вербалізації узагалі. Варто погодитись з висновком А. В. Хворостянкіної про важливість чіткої нормативної дефініції для реалізації принципу правової визначеності та забезпечення гнучкості правового регулювання як складових верховенства права⁴⁷².

Нам уже доводилося говорити і писати про певну некоректність вербального позначення політичної організації античного

⁴⁷² Хворостянкіна А. В. Законодавчі дефініції у правовій теорії та практиці європейських держав (порівняльний аналіз) : автореф. дис.... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 — «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»/ А.В. Хворостянкіна. — К., 2012. — С. 20.

суспільства як держави⁴⁷³. І, навпаки, такі терміни, як «поліс», «мононорми», «станове суспільство», «литовсько-руське право», «адміністративно-командна система», як видається, доволі точно вербалізують сутність відповідних досліджуваних явищ. Говорячи про вербалізацію, не можна уникнути проблеми використання такого потужного лінгвістичного засобу, як метафора, яка у праві має моделюючу, комунікативну, оціночно-емоційну функції. Наведемо найвідоміші приклади таких метафор — «джерело права» у Тита Лівія, «персона» у Гая, «сім щитів» у Ейке фон Репкова, «лествічне сходження» у руських літописців, «гілка влади» у Локка та Монтеск'є, «інавгурація» (дослівно — посвячення) у сучасному конституційному праві. У межах цивілізаційного підходу очевидними метафорами є «Захід» та «Схід», по мірі наступу техногенної цивілізації їм на зміну, очевидно, прийде дихотомія «Півночі» та «Півдня»;

узагальнення та класифікація, тобто виявлення спільного в аналогічних або повторюваних правових явищах і віднесення на цій підставі досліджуваних предметів, явищ, або їх окремих аспектів до певних груп. Класифікація може служити як вихідним етапом опису, так і його підсумком. У першому випадку класифікація базується на визнаних у науці підставах, у другому — дослідник сам пропонує принципи класифікації або уточнює вже відомий. Найпоширеніші класифікації в правовій науці — види джерел права, форми правління держав минулого та сучасності, школи права. Як видається, у певному сенсі типологізація та періодизація історико-правових явищ теж є різновидами класифікації;

темпорально-спатіальна прив'язка, тобто встановлення часових та просторових рамок дослідження, часового проміжку або точної дати та місця описуваного предмету або явища. По-перше, це правило стосується організації наративу, в якому є виразний початок, середина та підсумок. По-друге, це відповіді на питання «Де мав місце правовий факт?» і «Коли мав місце правовий факт?».

⁴⁷³ Крестовская Н.Н. К проблеме периодизации истории государства и права / Н.Н. Крестовская // Беларуская дзяржаўнасць ва ўсходнееўрапейскім цывілізацыйным кантэксце : гісторыя і сучаснасць : зб.наук. прац, прысвечаных 90-годдзю з дня нараджэння прафесара І. А. Юхо. — Мінск : ІВЦ Минфина, 2011. — С. 100-107.

Відповіді на ці питання самі по собі можуть стати темою дослідження і навіть окремим напрямом історико-правової науки (наприклад, дослідження з позицій юридичної науки хронології або картографії);

інтерпретація, тобто виявлення змісту повідомленого правового факту та його причин. Напевно, це найскладніший з пізнавальних прийомів аж до заперечення його належності до дескриптивного методу. Так, на думку М. І. Смоленського дескриптивний метод сам по собі не дає розуміння сутності описуваних явищ⁴⁷⁴. З цим твердженням можна посперечатись, але очевидним є суб'єктивізм розуміння, що зумовлює суб'єктивність будь-якої інтерпретації. Дескриптивний метод має бути доповнений, як мінімум, діалектичним для виявлення сутності досліджуваних явищ. В іншому випадку він виродиться у фактографію.

Зрозуміло, що всі компоненти дескриптивного методу у процесі мислення переплітаються, і їх виокремлення є суто методичним прийомом.

Важливе місце в системі загальногуманітарних пізнавальних засобів посідають герменевтика та семіотика.

Термін «герменевтика» охоплює, як мінімум, чотири поняття: мистецтво інтерпретації (тлумачення) текстів; теорію пізнання смислів; шлях пізнання чужої індивідуальності; учення про принципи/методологію гуманітарних наук (В. Дільтей). Ця багатозначність терміну породжує великі і нерідко невинновдані сподівання щодо безмежних можливостей застосування герменевтики для вирішення проблем юриспруденції. Найбільш, можливо, виразним тому свідцтвом є висловлена О.І. Овчинніковим думка про те, що герменевтика є новою парадигмою юриспруденції (тобто новою картиною світу правової реальності)⁴⁷⁵.

Не менш мінливим і суперечливим є розуміння семіотики, що постає як теорія знаку і знакових систем; узагальнюючий для всіх наук, «парасольковий» спосіб наукового дослідження; як спосіб філософствування та його фіксації.

⁴⁷⁴ Смоленский Н. И. Теория и методология истории : учеб. пособие. — 3-е изд., стереотип. — М. : Академия, 2010. — С. 223.

⁴⁷⁵ Овчинников А. И. Юридическая герменевтика как правопонимание // Правоведение. — 2004. — № 4. — С. 169.

Перш за все хотілося би зазначити, що, на нашу думку, оцінка евристичних можливостей герменевтики та семіотики є мало-продуктивною без чіткого усвідомлення їхнього місця у системі правового пізнання. Що вони становлять собою — окрему науку, парадигму, метод, методiku? Кожне з цих тверджень має своїх прихильників і нібито обґрунтовано переконливими аргументами. Але, на нашу думку, з позицій суворого наукознавства визначити об'єкт, предмет та метод цих гіпотетичних наукових дисциплін не уявляється можливим.

На нашу думку, все-таки має сенс повернутися до початкового, ще за античних часів виробленого розуміння герменевтики як мистецтва пізнання змісту вербальних та невербальних повідомлень (месиджів, якщо скористатися сучасною термінологією). З таких позицій герменевтика постає як метод, а у прикладенні до конкретної галузі знання — як методика опрацювання текстів у широкому значенні цього слова. Юридична наука має тексти основним своїм об'єктом пізнання, звідси впливає основоположне значення герменевтичного методу та конкретних методик для її функціонування.

Що ж стосується семіотики, то видається, що правильним є віднесення її М. В. Разуваєвим⁴⁷⁶ та Н. І. Хабібуліною⁴⁷⁷ до системи засобів юридичного дослідження (перший з них вважає семіотику методом, а друга — методологічним підходом). Додамо, що, на нашу думку, семіотика постає як різновид герменевтичного методу, оскільки саме текст є її базовим поняттям. За визначенням тартусько-московської школи, не мова, не знак, не структура, не бінарні опозиції, не граматичні правила, а текст є центром її концептуальної системи⁴⁷⁸. Будь-який текст є об'єднанням знаків

⁴⁷⁶ Разуваев Н. В. Норма права как явление правовой культуры : автореф. дисс. ... на соискание учен. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 — Теория права и государства; История права и государства; история политических и правовых учений / Н.В. Разуваев. — СПб., 2000. — С. 8.

⁴⁷⁷ Хабибулина Н. И. Политико-правовые проблемы семиотического анализа языка закона : автореф. дис.. на соискание учен. степ. доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 — Теория права и государства; История права и государства; история политических и правовых учений / Н.И.Хабибулина. — СПб., 2001. — С. 21.

⁴⁷⁸ Лотман М.Ю. Семиотика культуры в тартуско-московской семиотической школе / М.Ю. Лотман // Ю.М. Лотман. История и типология русской культуры. — СПб. : Искусство-СПб, 2002. — С. 14.

(передусім, слова та зображення, але також — і звуки, і жести), які слугують певними засобами комунікації.

На нашу думку, найбільшими є можливості герменевтичного методу та семіотики в історико-правовій сфері юриспруденції. Саме поєднання герменевтики та семіотики дає можливість перейти від вивчення правової реальності як сукупності правових норм та державних інститутів до її розуміння як частини багатогранного соціального життя, що включає, крім норм, також правову поведінку та правову свідомість суб'єктів права.

Герменевтико-семіотична методика передбачає зміну підходу до визначення джерел правового дослідження. Поряд з нормативно-правовими актами має бути освоєний масовий правозастосовний та правоінтерпретаційний матеріал, правореалізаційні практики, які сьогодні здебільшого виступають як ілюстрація правового регулювання. Зокрема, останні мають слугувати основним джерелом для реконструкції дії права в суспільстві та ставлення до нього у суспільстві. Прикладом в цьому сенсі є праця О. І. Тогоєвої «В ожидании смерти (Молчание и речь средневековых преступников в суде)»⁴⁷⁹, створена на основі масиву кримінальних справ, відображених в реєстрі французької королівської тюрми Шатле (кінець XIV ст.). За його допомогою дослідниці вдалося простежити не тільки організацію кримінального процесу (допити, тортури, передсмертне слово), але й зрушення у суспільній правовій свідомості, викликані зміною типів судового процесу від обвинувально-змагального (де останнє слово — за Богом, а суддя лише недосконалий провідник його волі) до інквізиційного (де останнє слово — за судом). Крім того залучення правозастосовного та правоінтерпретаційного матеріалу дозволить застосувати контекстне тлумачення нормативних текстів, усуне неминучі прогалини в них. Хрестоматійний приклад: ми не мали би текстів Законів XII таблиць, якби німецькі юристи XIX ст. не володіли методикою опрацювання численних правоінтерпретаційних текстів класичної римської юриспруденції.

⁴⁷⁹ Тогоева О.И. В ожидании смерти: молчание и речь преступников в зале суда (Франция, XIV в.) / О.И. Тогоева // Человек в мире чувств. Очерки по истории частной жизни в Европе и некоторых странах Азии до начала нового времени : сб. статей в 2 т. — М., 2000. — Т.2. — С. 262-302.

У контексті герменевтико-семіотичної методики є необхідним залучення до історико-правового дослідження не тільки юридичних, але й інших за своєю природою та змістом текстів. Історики права давно звертаються до літописів та хронік, преси, статистичних відомостей, інших масових джерел, меншою мірою — до мемуарної літератури та листування. Але цим не вичерпується комплекс неюридичних джерел. Так, М. А. Дамірлі пропонує звернення до матеріалів фольклорного характеру⁴⁸⁰ (народний епос, приказки, прислів'я, билини, казки, хроніки, агіографічна література, жести, фарси тощо).

Е. Коген, автор вражаючого дослідження щодо правових практик у пізньосередньовічній Франції, визнавала, що для урозуміння історико-правової реальності їй було необхідно звернутися не тільки до юридичних пам'яток, але й до публічних ритуалів, сприйняття людського тіла, тогочасної медицини та теології, нарешті, праворозуміння, але не стільки юристів, скільки селян, міщан, дрібних королівських чиновників і навіть злочинців⁴⁸¹. І навпаки, юридичне прочитання неюридичних текстів збагачує, а деколи й спростовує наші уявлення про нібито загальновідомі історичні факти. Так, О. І. Тогоєва здійснила юридичну реконструкцію фабули казки Шарля Перро про Синю Бороду (прототипом якого був цілком реальний дворянин Жиль де Ре)⁴⁸² і виявила середньовічну містифікацію, свідомо здійснену несправедливими суддями, які за браком доказів демонізували підсудного шляхом нагромадження нечуваних злочинів, нібито ним вчинених (викрадання та вбивства дітей та жінок тощо). Ще один приклад: звернення автора цієї статті до чарівних казок східного слов'янства дало можливість говорити про наявність так званого інфантицидного стилю у ставленні до дитини на світанку цивілізації та поступове його подолання⁴⁸³.

⁴⁸⁰ Дамірлі М. А. К новой концепции исторического познания права / М.А. Дамірлі // Правоведение. — 2003. — № 3 (248). — С. 161.

⁴⁸¹ Cohen E. The crossroads of justice: law and culture in late medieval France / E. Cohen. — BRILL, 1993. — 231 p.

⁴⁸² Тогоєва О. И. Сказка о Синей Бороде // Тогоєва О. И. «Истинная правда». Языки средневекового правосудия. — М.: Наука, 2006. — С. 182-221.

⁴⁸³ Крестовська Н. М. Ювенальне право України: історико-теоретичне дослідження: монографія. — О.: Фенікс, 2008. — С. 71.

Видається, що таким масивом неюридичних актів, досі слабо затребуваним для історико-правових досліджень середньовіччя, можуть стати житія святих. Свого часу В. О. Ключевський переконливо довів невисоку фактологічну цінність житійної літератури⁴⁸⁴, але для вивчення феноменів масової культури, у тому числі — правової, вона видається придатним джерелом. Як приклад: сама по собі цілком фантастична історія Франциска Ассизького та агуббійського вовка є чи не найкращим свідченням віри пересічних італійців у непорушність укладеного договору (за фавбулою цієї чарівної легенди святий Франциск домовився з вовком-людоджером про те, що він не буде більше нападати на селян, а ті, у свою чергу, будуть його підгодовувати. І селяни, і вовк неухильно дотримувались домовленості).

Для досліджень сучасної правової реальності, зокрема, її ідеологічного компоненту, правосвідомості та правової культури, як уявляється, перспективним напрямом виглядає залучення досліджень художньої літератури. Так, дослідження української класичної літератури дало О.В. Козаченку змогу зробити висновок про наявність в українській правовій культурі сумнівів щодо принципу невідворотності покарання та визнання можливості застосування до злочинця інших кримінально-правових заходів⁴⁸⁵. Д.О. Бочарову вдалося показати проблематику нібито суто юридичного явища — доказування — на прикладах творів Л. Керрола, Ф. Достоевського та А. Франса⁴⁸⁶.

З позицій герменевтики та семіотики текстом є розширене розуміння тексту (ним може бути не тільки наративний або нормативний документ, але й усний переказ, стереотип поведінки, графіті, малюнок, зображення на монеті та інші іконічні знаки). Саме для «прочитання» такого незвичного тексту потрібні прийоми та категорії семіотики (денотат і денотант, код, знак, семіозис тощо). Зрозуміло, що такі історико-правові джерела є, скоріше, до-

⁴⁸⁴ Ключевский В.О. Древнерусские жития как исторический источник / В.О. Ключевский // Православие в России. — М., 2000. — С. 5-307.

⁴⁸⁵ Козаченко О.В. Відображення окремих положень кримінально-правового впливу в українській класичній літературі / О.В. Козаченко // Форум права. — 2011. — № 3. — С. 370-371.

⁴⁸⁶ Бочаров Д.О. Проблеми юридичного доказування у літературних прикладах. — Дніпропетровськ: АМСУ, 2002. — С. 28.

датковим матеріалом, деталлю, але як то кажуть — «диявол саме у деталях». Нерідко нібито дріб'язкові деталі суттєво змінюють картину світу правових явищ, яку можна отримати виключно з нормативних джерел. Так, хрестоматійним є уявлення про трактування дитини в римському праві як частини батьківського майна. Але якщо звернутися до пам'яток давньоримського мистецтва та епіграфічного матеріалу (зокрема, надгробних написів⁴⁸⁷), то стає зрозумілою велика дистанція між суворими нормами позитивного права та їх реалізацією пересічними римлянами, які керувалися не стільки ними, скільки природними почуттями любові та ласки до своїх дітей.

Герменевтико-семіотична методика правового дослідження, на нашу думку, має включати такі пізнавальні засоби, як:

- формулювання гіпотези на основі попередніх знань та інтуїції («передзнання»), хоча, скоріше за все, ця гіпотеза зміниться у процесі дослідження. Так, відомо, що Гуго Гроція спонукало до написання книги «Три книги про право війни та миру» відчуття «неправості», «неправильності» війни, її невідповідності праву (адже право — це справедливість, а хіба може війна бути справедливою?⁴⁸⁸). У подальшому в процесі своїх міркувань щодо проблем війни та миру він дійшов висновку, що війна і право є сумісними, якщо війна носить справедливий характер і при цьому воюючі сторони не порушують норм природного права;

- контекстне тлумачення — уявна постановка дослідника на місце автора тексту, «вживання» в його світоглядне відно коло. Зазначимо, що у нормативних пам'ятках має місце «смерть автора» (Р. Барт), інакше кажучи, конкретне персональне авторство, як правило, установити неможливо. Хоча з цього правила, зрозуміло, є винятки. Так, нам відомо, що авторство статей про сумлінний суд в «Установі про управління губерніями» 1775 р. належить С. Ю. Десницькому⁴⁸⁹. Тому під контекстним тлумаченням мається

⁴⁸⁷ Дюрант В. Цезарь и Христос / пер. с англ. В. В. Федорина. — М. : КРОН-ПРЕСС, 1995. — С. 402.

⁴⁸⁸ Гроций Г. О праве войны и мира. — М. : Госюриздат, 1956. — С. 5.

⁴⁸⁹ Шандра В. С. Совісні суди в Україні (остання чверть XVIII — середина XIX ст.) / Валентина Шандра. — К. : Інститут історії України НАН України, 2011. — С. 11.

на увазі усвідомлення специфіки суспільної та інтелектуальної обстановки, в якій створювався текст;

- герменевтичне коло. Цей засіб має два методологічні прийоми. Перший — розуміння цілого тексту через розуміння його частин, і навпаки — розуміння окремих знаків, з яких складається текст, через розуміння всього тексту. Як приклад: розуміння богонатхненності Законника Хаммурапі, в нормативній частині якого практично відсутні покарання за злочини проти релігії, можливе лише через окремі його частини — картину передання цареві законів богом Шамашем (невербальна, іконічна частина Законника), передмову та післямову, в яких з релігійних позицій обґрунтовується необхідність кодифікації вавилонських законів. Другий різновид герменевтичного кола полягає в тому, що дослідник сприймає соціокультурну реальність, в якій створений досліджуваний текст як широке герменевтичне коло. Класичний тому приклад — коментар засновника московсько-тартуської школи семиотики Юрія Лотмана до віршованого роману Олександра Пушкіна «Євгеній Онегін»;

- герменевтична дуга. Герменевтична дуга (за Полем Рикьором) означає перетворення історичного факту на факт культури шляхом його зображення в літературному або історичному творі і подальше повернення до життя у нових поколіннях людей. Як приклад: кілт, уперше як історичний факт відзначений у кінці XVI ст., описаний в літературі XVIII ст. і тоді ж заборонений англійською адміністрацією, яка побачила в ньому символ претензій шотландців на самостійну державність, увійшов до широкого вжитку в XIX ст. і лише тоді став символом самобутності шотландського етносу;

- актуальність розуміння, тобто оцінювання з позицій того часового простору, в якому перебуває дослідник. Минуле організується як текст, який читається у перспективі сучасності⁴⁹⁰. Тому герменевтична інтерпретація не може бути вічно правильною, скоріше за все, вона піддається загальному правилу спростування, виведеному Карлом Поппером (будь-яка наукова концепція рано чи пізно буде спростована, що й є якраз ознакою її науковості).

⁴⁹⁰ Успенский Б. А. История и семиотика // Успенский Б. А. Избранные труды В 3 т. — М.: Издательство «Гнозис», 1994. — Т. 1 : Семиотика истории. Семиотика культуры. — С. 14.

Визначаючи місце юриспруденції в системі гуманітарного знання як спеціальної соціологічної теорії, не можна оминати соціологічних методів дослідження права та держави (опитування, анкетування, інтерв'ю, включене спостереження, контент-аналіз тощо). Так, опитування широко застосовується в кримінологічних дослідженнях. Відзначимо широкі можливості соціологічних методів у вивченні феномену правової культури. Важливою є думка Л. Фридмена про принципову вимірюваність явищ, що складають правову культуру⁴⁹¹, що й дає можливість застосування соціологічних засобів. Зазначимо також їх застосовність в історико-правових студіях. Зрозуміло, що найуживаніші соціологічні методи — анкетування, інтерв'ю та опитування — щодо історико-правових фактів незастосовні в тому вигляді, в якому вони використовуються в реальному часі. Як уявляється, з певними застереженнями вони можуть бути замінені методом контент-аналізу історико-правових джерел, передусім, ділової документації, наративних або інших масових джерел.

За допомогою методу контент-аналізу, наприклад, є можливим дослідження правосвідомості в її конкретно-історичному вимірі. Структура правосвідомості, як відомо, включає знання про право, емоційне та оцінчне ставлення до права та установку-готовність діяти у правовий спосіб. Пошукам відповіді на питання: «Що ми знаємо про емоції, почуття, установки людини того чи іншого періоду?» мають передувати відповіді на питання «Що знала про право людина того часу?», «Як вона ставилася до права?», «Як вона оцінювала існуюче право?» тощо, отримані за допомогою соціологічних методів, «пристосованих» для опрацювання масиву історико-правових фактів.

Так, для дослідження професійної правосвідомості або компетентної правосвідомості доцільним є опрацювання правозастосовних та правоінтерпретаційних актів, оскільки саме в них відбивається правове мислення, яке «працює» за допомогою понять, вербально виражених суджень та умовиводів. Уявлення про рівень та якісні характеристики правосвідомості дають також форма та

⁴⁹¹ Friedman L. The concept of Legal Culture: A Reply / Lawrence Friedman // Comparing Legal Cultures / Nelken D. (ed.) — Dartmouth, Brookfield, VT, 1997. — P. 34.

юридична техніка правових актів. Так, для доби Гетьманщини масовими джерелами пізнання правозастосовних та правоінтерпретаційних актів є судово-адміністративні книги сотенних та полкових урядів, Генеральної військової канцелярії тощо. Аналіз записів у них дає змогу з'ясувати, якими нормами права оперували правозастовці, якими були межі їх розсуду, чи звертались вони для вироблення рішення до інших, крім права, соціальних норм. Таким чином, принаймні можна відповісти на питання про рівень їх знань, характер емоцій, почуттів, оцінок⁴⁹².

Нарешті, усвідомлення права та держави як явищ культури зумовлює застосування культурологічного підходу. На наше переконання, це саме підхід, а не метод, зважаючи на такі його властивості: важко описується та відтворюється; має яскраво виражений авторський стиль; пов'язаний з певним політичним та науковим світоглядом; піддається науковій моді та змінюється з приходом нового покоління вчених; є синонімом напряму в науці⁴⁹³. Отже, виявити окремі пізнавальні прийоми в рамках культурологічного підходу не видається можливим, натомість є можливим виявлення інших маркерів, зокрема, відповідного поняттєво-категорійного апарату. Передбачається, що в межах культурологічного підходу дослідник-правознавець оперує такими термінопоняттями, як правова культура, норми і цінності, моделі правомірної поведінки, правокультурна діяльність тощо, і найголовніше — людина визнається суб'єктом правової культури, її головною дієвою особою⁴⁹⁴.

Своєю чергою культура, як писав Б.О. Кістяківський, «знаходить у праві своє найчіткіше визначення, яке має для всіх однакове значення. Як техніка перевертає природне на належніше, так

⁴⁹² Крестовська Н.М. Інтерв'ю з минулим, або соціологія в історико-правовому дослідженні / Н.М. Крестовська // Сила права і право сили: історичний вимір та сучасне бачення проблеми: матеріали XXXII Міжнародної історико-правової конференції (28-31 травня 2015 р., м. Полтава). — К. — Полтава : ПУЕТ, 2015. — С. 142-147.

⁴⁹³ Кром М.М. Введение в историческую компаративистику: учебное пособие / М.М. Кром. — СПб.: Изд-во Европейского ун-та в СПб, 2015. — С.127.

⁴⁹⁴ Самбор А. М. Культура і право: межі взаємовпливів у формуванні правової держави / Самбор А. М., Самбор М. А. // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». — Сер. : «Філософія, філософія права, політологія, соціологія». — 2012. — Вып. 3 (13). — С. 231-233.

і право перевертає соціально необхідне на належнісне»⁴⁹⁵. Отже, перспективним є розгляд культури через призму права.

У підсумку зазначимо, що загальна гуманітарна методологія здатна, на нашу думку, допомогти у подоланні методологічної кризи у правознавстві, перш за все, за рахунок виходу на міждисциплінарний рівень дослідження.

3.3. МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕННЯ КАНОНІЧНОГО ПРАВА

У сучасній юридичній літературі почастишали звернення до канонічного права. Зокрема, вони стосуються висвітлення історичних аспектів його існування, дослідження моделей церковно-державних відносин, порівняльного аналізу канонічного права та інших релігійних правових систем тощо. Однак можна помітити, що більшість присвячених цьому питанню робіт має такий істотний недолік: у них застосовується одна лише світська методологія, внаслідок чого дослідження стають однобічними й не зачіпають сутності канонічного права.

Разом з тим, безсумнівно, що відродження інтересу до вивчення канонічного (церковного) права в Україні й Росії викликає потребу в приведенні каноніко-правової науки, зокрема, її методологічного апарату, у відповідність із сучасним рівнем розвитку юриспруденції. При цьому мова не повинна йти про ревізію канонічного права (його догматичних засад, принципів, методів каноніко-правового регулювання), але лише про модернізацію методів дослідження, систематизацію науки канонічного права та розробку навчальної дисципліни.

Виключеннями із цього правила є роботи Д.Д. Борового, М.Ю. Варьяса, С.В. Місевича, Г.І. Трофанчука, С.О. Шаляпіна та деяких інших учених, у працях яких канонічне право виступає як особлива система, ставиться до **одного ряду з правовими системами** романо-германської та англо-американської правових родин. Зокрема, С.В. Місевич відзначає, що релігійне право є «цілісним

⁴⁹⁵ Депенчук Л. Богдан Кістяківський / Лариса Депенчук. — К. : Основи, 1995. — С.148.

реально існуючим правовим феноменом, для якого характерні особливі форми ключових юридичних конструкцій — джерел права, норм права, правових відносин і юридичної відповідальності»⁴⁹⁶.

При дослідженні канонічного права пропонується звернути увагу на наступні проблеми: 1) аналіз адаптивних властивостей канонічного права, що характеризують його здатність пристосовуватися до зовнішніх умов при збереженні канонічної традиції, заснованої на Святому Письмі й Святому Переданні; 2) виявлення основних проблем, пов'язаних з модернізацією каноніко-правової науки; 3) визначення методологічних основ, на яких можуть ґрунтуватися дослідження каноніко-правового життя.

Церква, за твердженням катехізису, — боголюдський організм, що має дві природи, божественну і земну, людську. Це випливає і з тексту Святого Письма, де апостол Павло називає Ісуса Христа Головою Церкви, а Церкву — Тілом Христовим (Еф 1: 22-23). Подвійна боголюдська природа Христа була зведена в догмат на Халкідонському Соборі 451 р., Символ Віри якого має таке формулювання: «Наслідуючи Святим Отцям, ми відповідно повчаємо сповідувати того самого Сина, Господа нашого Ісуса Христа, досконалого в Божестві і досконалого в людськості, істинно Бога й істинно людину, того ж з душі розумної й тіла, єдиносущого Отцеві по Божеству і того ж єдиносущого нам по людськості, у всьому подібного нам, крім гріха, Народженого раніше віків від Отця по Божеству, а в останні дні заради нас і заради нашого спасіння, від Марії Діви Богородиці — по людськості; Того самого Христа, Сина, Господа, Єдинородного, у *двох природах неразом, незмінно, неподільно, нерозлучно пізнаваного*, — так що з'єднанням анітрохи не порушується відмінність двох природ, але тим більше зберігається властивість кожної природи й вони з'єднуються в Одну Особу й Одну Іпостась; — не на дві особи, що розсікаються або поділяються, але Того самого Сина і Єдинородного, Бога Слова, Господа Ісуса Христа, як у стародавності пророки (учили) про Нього й (як) Сам Господь Ісус Христос навчив нас, і (як) те пере-

⁴⁹⁶ Місевич С. В. Релігійно-правові системи: компаративістський аспект / С. В. Місевич // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. Статей. — К. : Логос, 2006. — С. 234.

дав нам символ батьків» [курсив мій — І. О.]⁴⁹⁷. Цей текст, що поклав кінець спорам православних з несторіанами й монофізитами, відбився й на розумінні природи Церкви.

Говорячи про Церкву в богословському плані, прийнято робити відмінність між «Церквою небесною (торжествуючою)» і «Церквою земною (войовничою)»: на відміну від першої, яка включає Богородицю, ангелів, святих, померлих у злагоді з Богом, друга є співтовариством живих людей, які постійно ведуть боротьбу із гріхом і пристрастями, і ціль яких полягає в тому, щоб наблизитися до спасіння.

Безсумнівно, що «войовнича Церква», будучи суспільним інститутом, при збереженні догматики, традиційного побутового укладу, принципів свого функціонування і взаємодії з державою, суспільством і особистістю, змушена, так само як й інші соціальні інститути, пристосовуватися до умов сучасності. Наприклад, у нинішній церкві активно використовуються новітні технічні розробки в сферах комп'ютерних технологій, транспорту, забезпечення особистого побуту населенників монастирів і т.ін.

У цьому зв'язку постає питання про принципову можливість і межі адаптації церкви й канонічного права до тих або інших обставин. При відповіді на поставлене питання слід звернути увагу на вже згадану боголюбськість Засновника й Голови Церкви Ісуса Христа, а точніше — на людську її складову. У зв'язку із цим слід знову звернутися до Письма.

У Нагорній проповіді Христос говорить: «Не подумайте, ніби Я руйнувати Закон чи Пророків прийшов, — Я не руйнувати прийшов, але виконати. Поправді ж кажу вам: доки небо й земля не минеться, — ані йота єдина, ані жоден значок із Закону не минеться, аж поки не збудеться все» (Мт 5:17-19), підтверджуючи тим самим непорушність законів Мойсея, але далі Він доповнює ці закони новими встановленнями. Наприклад: «Ви чули, що було стародавніми наказано: «Не вбивай, а хто вб'є, підпадає він судові. А Я кажу, що кожен, хто гнівається на брата свого, підпадає вже судові, А хто скаже на брата свого: «рака», підпадає верховному судові, а хто скаже «дурний», підпадає геєнні огненній» (Мт. 5:21-22), або: «Ви

⁴⁹⁷ Книга Правил святих апостол, святих Соборов Вселенских и поместных и святих отец. — М.: Русскій Хронографъ1991, 2004. — С.9.

чули, що сказано: люби свого ближнього, і ненавидь свого ворога. А Я вам кажу: Любіть ворогів своїх, благословляйте тих, хто вас проклинає, творіть добро тим, хто ненавидить вас і моліться за тих, хто вас переслідує, щоб вам бути синами Отця вашого, що на небі, що наказує сходити сонцю Своєму над злими й над добрими, і дощ посилає на праведних і на неправедних» (Мт 5:43-45).

Уже в Діях Апостолів при описі Собору Апостолів у Єрусалимі згадується спір про необхідність обрізання для не іудеїв, які навертаються у християнство. У результаті цього спору апостолами було прийнято соборне рішення: «зволилось Духові Святому і нам, — тягару вже ніякого не накладати на вас окрім цього необхідного: стримуватись від ідолоських жертв та крові, задущенини, та від блуду. Оберігаючися від того, ви зробите добре» (Дії 15: 28,29). Безсумнівно, що таке пом'якшення іудейського закону зумовлене місіонерськими спонуканнями, чим пояснюється й те, що текст Нового Завіту записаний грецькою мовою, оскільки це була інтернаціональна мова того часу й за її допомогою простіше було доносити євангельські істини до жителів Античного світу. Подальші переклади Біблії на латину, слов'янську, румунську, грузинську та інші мови служили продовженню апостольської місії.

При збереженні самих принципів канонічного права, таких, наприклад, як неприпустимість симонії (торгівлі церковними посадами), апостольське наступництво, що передається при хіротонії кліриків, триступінчаста священна ієрархія, можливі й тимчасові явища — запровадження й скасування церковних посад (дияконіси, хорєпископа, вікарного єпископа, митрополита тощо), підвищення або зниження вікового цензу як умови хіротонії; зміни в системі церковних покарань, введення обов'язкової безшлюбності для єпископів та ін. Ці зміни цілком обумовлюються конкретними соціально-історичними, політичними, економічними, правовими причинами.

Провідну роль у забезпеченні високої адаптивності канонічного права відіграє канонічний метод ікономії, сутність якого полягає в можливості відхилення від суворого дотримання канонів із церковно-практичних і пастирських питань, що не носять догматичного характеру. Наприклад, духівник має право призначити більш м'яку епітимію, ніж та, яка встановлена Апостольськими

правилами й рішеннями Вселенських Соборів (так, 10 Апостольське правило встановлює, що коли хто помолиться з відлученим від церковного спілкування, хоча б це було й у будинку, той буде відлучений, однак священник має право накласти значно м'якше стягнення, не застосовуючи крайню міру — відлучення від церковного спілкування).

Здатність канонічного права адаптуватися до історичних обставин можна продемонструвати на прикладі Руської Православної Церкви, де за останні півтора десятиліття прийнято цілу низку документів, в яких при збереженні догматики й віронавчальних засад містяться погляди на основні проблеми сучасного світу. Так, були прийняті Основи соціальної концепції Руської Православної Церкви 2000 р. і Основи вчення Руської Православної Церкви про гідність, свободу і права людини 2008 р., в яких офіційна церковна позиція ґрунтується на біблійних текстах, писаннях святих Отців Церкви, правилах Вселенських і Помісних Соборів.

Ігнорування церквою викликів середовища й нездатність зберігати чистоту віровчення та основні принципи канонічного регулювання веде до нагромадження проблем, зокрема, на рівні канонічного права, що врешті-решт стає вже не передумовою реформування, а причиною революційних змін. Так, небажання середньовічної Римської Церкви реформувати свою структуру і право, очистити себе від таких невідповідних церковному духу явищ, як симонія (торгівля церковними посадами), продаж індульгенцій, претензії світській владі тощо, призвело врешті-решт до проповіді Джона Уікліфа, Яна Гуса і лютерівської Реформації, яка поставила під загрозу саме існування римо-католицизму.

Практично не відрізняються від світських документів і результати церковного нормотворення. Наприклад, Статут Української Православної Церкви, Положення про церковний суд у Руській Православній Церкві використовують цілком сучасну юридичну техніку, що видно із структури і мови цих та інших документів. Разом з тим сутність і давні принципи церковного управління й церковного судочинства збережені у всій повноті⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ Оборотов И.Г. Адаптивные свойства церковного права // Новітні наукові дослідження держави і права — 2012 : Збірник наукових праць. — Миколаїв : Ілїон, 2012. — С. 100.

Безсумнівно, що канонічне право, як і будь-яка інша правова система⁴⁹⁹, має певну динаміку розвитку, що поєднується з незмінюваністю догматичних засад і непохитністю основних принципів каноніко-правового регулювання. Святе Письмо, Святе Передання, акти Вселенських Соборів, святоотцівська літературна спадщина — усе це становить міцний фундамент нормативного компонента каноніко-правової системи. Однак розвиток суспільства, зміна його структури, науково-технічний прогрес, що супроводжуються зміною всього життєвого укладу сучасної людини, неминуче ведуть до необхідності адаптації Церкви до умов сучасності, виробленню додаткових правил, які дозволяли б правильно розуміти фундаментальні положення й доповнювали б їх. У зв'язку з цим слід акцентувати увагу на неприпустимості перегляду богостановлених і богодуховних правил. Так, визнання низкою протестантських деномінацій можливості церковного благословення одностатевих шлюбів суперечить самій сутності й призначенню шлюбу, визначеного як «союз чоловіка й жінки, спільність життя, співучасть у божому і людському праві» (Модестін).

Сучасне канонічне право розвивається, переважно в тій частині, яка стосується церковного управління й судочинства, майнових відносин, а також церковно-державних стосунків. Але й тут неприпустима зміна принципів каноніко-правового регулювання: відбувається лише оновлення вербальних засобів вираження канонічних приписів і заборон, їх технічна деталізація, пристосування до мінливої структури суспільства.

Каноніко-правова наука, так само як і канонічне право, потребує модернізації, удосконалювання наукового апарату. Тут є кілька складних проблем. Вітчизняні розробки у сфері канонічного права можуть бути зведені до трьох основним напрямків: 1) розгляд канонічного права в ретроспективі, з використанням переважно історичних методів; 2) вивчення церковно-державних відносин;

⁴⁹⁹ Варьяс М.Ю. Церковное право как корпоративная правовая система: опыт теоретико-правового исследования / М.Ю. Варьяс // Известия ВУЗов. Правоведение. — 1995. — № 6. — С. 82; Оборотов И.Г. Каноническое право как правовая система / И.Г. Оборотов // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XI / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]; відп за вип. В.М. Дрьомін. — О. : Юрид. л-ра, 2012. — С. 279.

3) дослідження канонічного права в його статичі й динаміці. Серед представників останнього напрямку, очевидно, є такі, що намагаються або надмірно юридизувати канонічне право, або, навпаки, занадто теологізувати.

Розгляд сучасного етапу розвитку каноніко-правової науки не дозволяє пройти повз підручника за редакцією професора В.І. Лубського⁵⁰⁰, який вийшов у Києві в 2012 р. (вже після робіт С.І. Жилюка, свящ. М. Лагодича та Л.І. Лазор) і привертає увагу як солідним обсягом, так і титулованим авторським колективом (чотири доктори наук). Однак примітно, що ні серед авторів, ні серед рецензентів немає жодного вченого-юриста: усі без винятку — філософи. У підручнику поставлені досить масштабні завдання, однак розв'язання їх не завжди зрозуміле: автори використовують історико-догматичний метод, не відмежовуючи, проте, історію від сучасності: так, у тексті проглядається непоінформованість авторів про Статут РПЦ 2000 р., про Основи соціальної концепції РПЦ 2000 р., про Статут про управління УПЦ 1990 р., про інші сучасні джерела. Не менш дивна відсутність у списку літератури (123 найменування) згадок про будь-які праці з канонічного права — як класичні, так і сучасні (за винятком декількох видань італійською і німецькою мовами). Визнаючи, що назване видання — один з перших проєктів такого роду в Україні, відзначаємо, що до юриспруденції, незважаючи на назву, він має досить віддалене відношення.

Але слід зазначити й таких учених, які продовжують справу професора А.С. Павлова (1832-1898) і намагаються досліджувати канонічне право методами сучасної юриспруденції, не спотворюючи при цьому самої його сутності. У першу чергу, це — Д.Д. Боровий (Росія, м. Ставрополь), М.Ю. Варьяс (Росія, м. Москва), Д.В. Лук'янов (Україна, м. Харків), І.В. Міма (Україна, м. Кривий Ріг), Г.І. Трофанчук (Україна, м. Київ). Здається, що саме останній шлях є найпродуктивнішим, оскільки він не веде до перекручення сутності канонічного права, а сприяє досягненню його онтологічних властивостей, системи і регулятивних якостей.

⁵⁰⁰ Канонічне право : підручник / В.І. Лубський, Т.Г. Горбаченко, М.В.Лубська, А.І. Яковенко; за ред. В.І. Лубського. — К. : ЦУЛ, 2012. -С. 572.

Модернізація каноніко-правової науки може проходити декількома сюжетними лініями: 1) удосконалення системи канонічного права як науки і навчальної дисципліни; 2) упровадження сучасних методів і методологічних підходів до дослідження канонічного права; 3) оновлення категорійного апарату каноніко-правової науки; 4) систематизація нормативних положень канонічного права без викривлення їх змісту⁵⁰¹.

1. Удосконалення системи науки й навчальної дисципліни канонічного права. Як наука канонічне право включає методологічний і теоретичний компоненти, а також окремі напрямки досліджень (історико-канонічні, каноніко-догматичні, дослідження канонічного устрою, каноніко-правового життя тощо). Як навчальна дисципліна канонічне право потребує побудови такої системи, яка б дозволила найбільш повно та адекватно відтворити основні результати наукових досліджень і зміст каноніко-правових встановлень.

2. Упровадження сучасних методів і методологічних підходів передбачає активне запозичення того методологічного інструментарію, який би сприяв пізнанню й осягненню канонічного права. Позитивні результати може дати використання аксіологічного, герменевтичного й цивілізаційного підходів; залучення філософсько-правових ідей, історичних, соціологічних, філологічних та інших методів. Крім того, важливими є й розробки в сферах біблеїстики, екклесіології, основного і догматичного богослов'я. Інакше кажучи, пропонується широке використання міждисциплінарного підходу, що охоплює як світські, так і церковні науки.

3. Оновлення категорійного апарату каноніко-правової науки має здійснюватися по двох напрямках: а) залучення категорій світської юриспруденції та їх адаптація («каноніко-правова система», «каноніко-правові норми», «канонічна правосуб'єктність» та ін.); б) формування власних категорій і понять, зокрема, на основі грецької мови або латини («акривія», «ікономія», «десакралізація»).

⁵⁰¹ Оборотов И.Г. Проблемы модернизации канонико-правовой науки // Питання удосконалення методології сучасної юриспруденції: Тези III Міжнародної наукової конференції, присвяченої пам'яті професора О.В. Сурілова. — О. : Фенікс, 2013. — С. 35-39.

4. Систематизація нормативних положень канонічного права без викривлення їх змісту передбачає консолідацію канонічних правил на зразок Зведення законів Російської Імперії. Повноцінна кодифікація в православному канонічному праві неможлива в принципі, оскільки застарілі й недіючі канони могли б бути скасовані тільки Вселенським Собором (останній відбувся у 787 р.). Разом з тим на рівні помісних церков можлива кодифікація й видання збірників правил, що відповідають двом головним вимогам: ґрунтуватися на засадах, установлених актами Вселенських Соборів, і бути здатними до врегулювання сучасним каноніко-правових відносин.

Наукове осмислення й адекватна оцінка явищ каноніко-правової сфери мають ґрунтуватися на принципах плюралістичної методології, оскільки в цій сфері недоцільно обмежуватися виключно юридичними засобами та відчувається необхідність у зверненні до тих сфер знання, які можуть надати необхідний гносеологічний інструментарій. Такими сферами є релігієзнавство, культурологія, богослов'я, церковна історія, екзегетика, біблеїстика та ін. Ігнорування цієї необхідності призводить до формування спотвореного бачення сутності, аксіологічних засад, принципів, змісту, предмету й методу каноніко-правового регулювання й інших явищ каноніко-правової сфери.

Збагачення методологічного апарату юриспруденції за рахунок неюридичних сфер цілком відповідає постмодерністській парадигмі: на основі принципу додатковості можна побудувати цілісне уявлення про природу Церкви й канонічного права. Принцип додатковості, запропонований Нільсом Бором, знайшов застосування не тільки у квантовій фізиці, але й у багатьох інших областях знання, зокрема, в гуманітарній сфері. С. В. Девятова називає цей принцип «евристичним засобом у пізнавальному процесі», а завдяки мові додатковості виражається також «подвійність людського й божественного в єдності трьох іпостасей, розробляються й застосовуються персональні й імперсональні моделі Бога»⁵⁰².

⁵⁰² Філософія и методология науки / Под. ред. В. И. Купцова. — М. : Аспект Пресс, 1996. — С. 98.

Уже за самим визначенням Церкви, яке дається в Православному катехізисі, «Церква є від Бога встановленим суспільством людей, з'єднаних православною вірою, Законом Божим, священноначаллям і Таїнствами»⁵⁰³. Звідси випливає й дуалістична, боголюдська природа канонічного права, духовним джерелом якого є воля Божа, а земне проявляється в мові фіксації, інтерпретації, механізмі здійснення канонічних приписів тощо.

Огляд проблем канонічного права під кутом культурологічних концепцій зумовлюється тим, що релігія виступає одним з основних культууроутворюючих елементів. Йозеф Ратцингер (Папа Бенедикт XVI) пише: «У всіх відомих історії культурах релігія була істотним елементом культури, навіть її серцевиною, саме релігія визначає структуру цінностей і тим самим внутрішню систему устрою культур»⁵⁰⁴. Отже, будучи центральним елементом культури, релігія, як і релігійне право, є її складовою, може досліджуватися за допомогою культурологічної методології.

Історичний дискурс канонічного права в комбінації з його богословським і культурологічним аналізом має першорядне значення при встановленні змісту канонічних приписів, адже тлумачення кожного з них не може відбуватися без урахування культурно-історичної ситуації, в умовах якої вони створювалися, вивчення історичних свідочств сучасників, творів Отців і Вчителів Церкви. Для досягнення цієї ж мети потрібна екзегетика, досвід якої був запозичений юриспруденцією й розвинений у рамках правової герменевтики.

Власне юридична методологія (зокрема, методи, категорії, концепти тощо) при дослідженні канонічного права повинна послужити його оновленому викладенню. При цьому, зазначена модернізація має відбуватися з розумінням неможливості зміни священних текстів, канонів і самої сутності каноніко-правової системи й стосуватися тільки зовнішнього, формального її боку.

⁵⁰³ Филарет (Дроздов), митр. Пространный христианский катехизис православной кафедральной восточной церкви. — М. : Образ, 2005. — С.49.

⁵⁰⁴ Ратцингер Й. (Бенедикт XVI). Вера — Истина — Толерантность. Христианство и мировые религии / Йозеф Ратцингер. — М. Библийско-богословский институт св. апостола Андрея, 2007. — С. 101.

Підбиваючи підсумок, слід зазначити, що динаміка канонічного права, яка виражається, насамперед, у його адаптивності, тобто здатності пристосовуватися до нових умов існування, ґрунтується на принципі змінюваності зовнішньої форми існування й незмінності сутності канонічного права. Така комбінація незмінного й тимчасового в канонічному праві може бути забезпечена лише у випадку визнання його подвійної природи: божественне виражається в незмінному, вічному, а людське — у мінливому, тлінному, тимчасовому. Божественні засади канонічного права становлять дух права, людські — букву, яка відображає цей дух і надає йому зрозуміле звучання в умовах сучасності. У такому разі адаптивну властивість канонічного права слід визнати найважливішим фактором, який дозволяє йому існувати в будь-яких історичних, культурних, етнічних умовах, пристосовуючись до них, набуваючи місцевих особливостей, але в той же час, зберігаючи в незмінності свою християнську сутність.

Каноніко-правова наука спроможна до розвитку й потребує дослідників, які виведуть її на новий рівень, відповідний сучасній юриспруденції. Одного разу, у другій половині XIX — початку XX століття, це вже відбувалося, але роки панування богоборчої радянської влади зупинили розвиток цієї науки майже на ціле сторіччя. Налагодження партнерських відносин пострадянських держав із Церквою відкриває нові можливості для розвитку канонічного права, знімаючи з нього табу й відкриваючи перед ним перспективи подальшого розвитку.

Відмова від моністичної методології дослідження багатогранного феномену канонічного права (тобто його пізнання на основі або юридичної науки, або богослов'я) і необхідність його всебічного аналізу зумовлює визнання принципів додатковості й методологічного плюралізму. Дослідження, проведене на цих засадах, є однією з гарантій виведення каноніко-правової науки на якісно новий рівень. Зокрема, використання сучасного поняттєво-категорійного апарату юриспруденції має зробити канонічне право більш зрозумілим для нинішніх юристів, у той же час, сама сутність каноніко-юридичних приписів ніяк не може бути змінена без волі ієрархії, вираженої відповідно до букви й духу Святого Письма й Святого Передання.

3.4. ЦЕРКОВНЕ ПРАВО ЯК ПРОЯВ ПРАВОВОГО ПЛЮРАЛІЗМУ

Концепція правового плюралізму сформувалася в рамках соціологічної школи права, для представників якої суспільство — це сукупність різнохарактерних соціальних груп, спільнот, яким чужі єдині ціннісні засади, і тому, з позицій соціологічного підходу, спочатку визнається плюралізм державно-правової системи, в межах якої можуть співіснувати офіційне й інше право⁵⁰⁵. Рене Давид так само вважає, що «в сучасному світі кожна держава має своє право, а буває й так, що в одній і тій же державі діють кілька конкуруючих правових систем. Своє право мають і недержавні спільноти: канонічне право, мусульманське право, індуське право, іудейське право»⁵⁰⁶. Відповідно загальноприйнятому визначенню, С. Є. Меррі під правовим плюралізмом розуміє «ситуацію, коли дві або більше юридичні системи співіснують в одному соціальному полі»⁵⁰⁷. При цьому правовий плюралізм не обмежує право державної правової системи, але поширює його на різні форми інституціолізованих соціальних організацій, таких, як міжнародне право або численні форми неофіційного права⁵⁰⁸.

Так, Лев Петражицький виділяє право офіційне і неофіційне, позитивне (гетерономне) і інтуїтивне (автономне)⁵⁰⁹. Офіційне право, визнане і гарантоване державою, функціонує поряд з неофіційним, що виникає всередині різних соціальних груп. На відміну від офіційної правової моносистеми, неофіційне право характерне нормативно-ціннісною різноманітністю, значно широкою сферою

⁵⁰⁵ Ван Хоек М. Право как коммуникация / М. Ван Хоек; пер. с англ. А. В. Полякова // Правоведение. — 2006. — № 2. — С. 44-54.

⁵⁰⁶ Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; пер. с фр. В. А. Туманова — М. : Международные отношения, 1998. — С. 400 с.

⁵⁰⁷ Стриджбош Ф. Концепции правового плюрализма и их применимость в контексте изучения юридической практики у молукцев в Нидерландах // Обычное право и правовой плюрализм. — М., 1999. — С. 213.

⁵⁰⁸ Ван Хук М. Право как коммуникация / Пер. с англ. М. В. Антонова и А. В. Полякова. — СПб: Издательский дом С. -Петербург. гос. ун-та, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. — 288 с.

⁵⁰⁹ Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина — СПб: «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2011. — С. 1031.

застосування, багаторівневою структурою. Наслідуючи соціолого-позитивістську традицію правового плюралізму, що започаткована ще Л. І. Петражицьким, А. В. Поляков визнає існування поряд з державним правом і соціального права — правових систем, що виробляються і підтримуються різними соціальними структурами (сім'єю, корпорацією), бо «право являє собою універсальне соціальне явище, що існує на різних рівнях соціального, включаючи інтерсоціальні (наприклад, внутрішньосімейні, внутрішньогрупові) і екстрасоціальні (наприклад, міждержавні) правові порядки. Зворотним боком універсалізму права є його плюралізм»⁵¹⁰. В останні роки у вітчизняній правовій науці спостерігається виразний інтерес до комунікативних теорій права. Їх методологічною основою визначають правовий плюралізм, широке праворозуміння, що розглядає право як нормативну систему соціального контролю. Державне право в цьому ракурсі розглядається в одному феноменологічному ряду з церковним правом, правом корпорацій, міжнародним правом, нормами інших соціальних інститутів. Правовий плюралізм пов'язує право не тільки з позитивною системою права, але і з корпоративним правом транснаціональних компаній, квазіпрецедентним правом третейських судів, установами спортивних асоціацій, численними формами «неофіційного права» і т. ін. Правовий плюралізм як теорія розвивається на маргіналіях юридичної науки, на кордоні між юриспруденцією і соціальними науками — у сфері юридичної антропології та юридичної етнології, що показують вбудованість правового буття в повсякденний простір (етнічної) культури⁵¹¹. Таким чином, не можна ігнорувати те, що правова реальність набагато багатше — крім офіційного права існують й інші рівні «життя» права. Аналіз соціологічних аспектів праворозуміння говорить про те, що зв'язок права і держави не є неодмінним і винятковим. Характерно, що представники соціологічного праворозуміння, критикуючи визначення права як продукту державної діяльності, вказують саме на церковне право як приклад такої правової реальності, яка не вкладається в нор-

⁵¹⁰ Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : курс лекций / А. В. Поляков. — СПб., 2004. — С.507.

⁵¹¹ Тихонова С. В. История правовых норм: правовой плюрализм и коммуникативные теории права // Альманах «Дискурсы этики». — 2014. — № 2(7). — С. 81 — 98.

мативне розуміння права. Формулюючи власну дефініцію права, вони виходять з того, що в суспільстві існують відносини, що є правовими за самою своєю природою. Іншими словами, в рамках правового плюралізму право не вважається винятковою прерогативою держави, оскільки й інші правові порядки можуть також розцінюватися як право в повному значенні цього слова. По суті, даний підхід заперечує однолінійну еволюцію права і визнає споконвічну множинність форм його існування⁵¹².

Тому адекватним підходом до проблеми сучасного розуміння права бачиться правовий плюралізм, що дозволяє враховувати досягнення наявних концепцій праворозуміння, знімати конфліктність між ними, сприймати право як цілісне явище. Праворозуміння — це один з постулатів права як відображення згустків правової реальності⁵¹³. Генезис права впродовж історії його становлення, функціонування і розвитку виразно демонструє, що право відображає і закріплює все різноманіття соціокультурної діяльності людини, змістоутворюючі доміанти якої можуть істотно різнитися або прямо суперечити одна одній. В основі цих відмінностей лежать базові ціннісні постулати, що орієнтують ті чи інші соціальні спільноти на особливий уклад і спосіб життя, формуючи і об'єктивуючи стійкі моделі соціальної взаємодії. Визнання і розуміння цивілізаційного плюралізму має логічним наслідком правовий плюралізм, що, у свою чергу, дає можливість обґрунтувати існуючу різноманітність форм прояву права, побачити обумовленість сутнісно-змістовних аспектів права специфікою соціокультурної реальності⁵¹⁴. Слід так само відзначити, що отримав визнання постулат, іменованій правовим плюралізмом, який виступає як наявність у правовому житті різноманітних джерел права. У системі соціального регулювання використання терміну «джерела права» дає можливість, у першу чергу, відмежувати сферу права від інших сфер соціального життя, по-друге, дозволяє забезпечити

⁵¹² Некрасов А. П. Концептуальные и методологические аспекты феномена «плюрализм» / А. П. Некрасов // Вектор науки ТГУ. — 2013. — № 1. — С. 214-216.

⁵¹³ Оборотов Ю. Н. Правопонимание как аксиоматическое начало (постулат) права / Ю. Н. Оборотов // Право Украины. — 2001. — № 1. — С. 107-114.

⁵¹⁴ Белоносов В. О., Некрасов А. П. «Правовой плюрализм: теоретический аспект» / В. О. Белоносов, А. П. Некрасов // Вектор науки ТГУ. — 2013. — № 1 (23). — С. 149.

різноманітність використовуваних у правовому житті суспільства джерел права⁵¹⁵.

Важливим доктринальним внеском у формування теорії правового плюралізму, як уже було сказано, стали соціологічні теорії права, які підкреслюють, що право формується в процесі соціальної взаємодії і є відносно автономним від держави. Найістотніший вплив на правовий плюралізм справила теорія права Г. Гурвича. Відповідно до неї, в національній системі права діють «соціальне право», «індивідуальне право», «субординаційне право». Усі три типи і їх численні конкретні види взаємодіють, діалектично перетікають один в одного і створюють динамічний правовий ландшафт. Кожна активна соціальна група формує власні юридичні традиції, які передбачають юридичну регуляцію і практику⁵¹⁶.

Церква як потужний соціальний інститут посідає одне з провідних місць у духовно-моральному відродженні суспільства. Причому з усіх суспільних інститутів тільки Церква має специфічне церковне право, докладно розроблене ще в перше тисячоліття історії християнства і фактично чинне сьогодні.

Церковне право спочатку являло собою особливу правову реальність, сприйняту на Русі з Візантійської імперії разом з християнством. Церковно-правові приписи тривалий час виступали регуляторами суспільних відносин, але надалі багато з цих приписів знайшли своє відображення в законодавстві, спричинивши великий вплив на подальше формування і розвиток вітчизняного права⁵¹⁷. Звернення до історико-правової спадщини давньоруської держави дозволяє уточнити закономірності правового розвитку, притаманні Київської Русі, відтворити та реконструювати становлення права даної епохи в стадіальній і хронологічній послідовності, а також сприяє виявленню особливостей історико-правових явищ, ряд з яких був зумовлений наявністю глибинних зв'язків між формуван-

⁵¹⁵ Оборотов Ю.М. Надійність права як відображення його імунної властивості / Ю. М. Оборотов // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. — 2014. — № 1. — С. 222-230.

⁵¹⁶ Гурвич Г. Д. Идея социального права / Г. Д. Гурвич // Философия и социология права : избр. соч. — СПб., 2004. — С. 41-212.

⁵¹⁷ Боровой Д. Д. Каноническое (церковное) право как нормативная система социально-правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01 / Боровой Д. Д. — Ставрополь, 2004. — С. 28.

ням правової системи Русі та цілим рядом соціально-культурних факторів, серед яких значне місце посідає фактор християнського впливу. Оцінюючи в даному соціокультурному аспекті формування та розвиток давньоруської правової системи, слід зазначити, що такий підхід є плідним для вияву правових інновацій, які набували форму юридичних норм, інститутів, ідей, поглядів, принципів і, нарешті, реалізації права. Київська Русь не знала розподілу за галузями права, природа феодалізму зумовила таку рису права, як синкретизм; причина правового синкретизму полягала в тому, що систематизації права виражали становий принцип. Принцип становості був реалізований у світській і церковній системах права і був закріплений у законодавстві Русі, він відповідав світогляду епохи і відображав об'єктивно можливу організацію суспільного життя.

Давньоруське право «виростало» з практики правового вирішення конфліктів, мало казуїстичний характер. Аналіз законодавства цього періоду дозволяє назвати декілька груп об'єктів правового регулювання (особисті права, свободи, речі, інші); як злочини розглядались порушення особистих прав, свободи, винищування чужих речей, користування чужими речами, злочини проти влади і християнської віри, проти сімейного права і моральності.

Злочини проти християнської віри та сімейного права і моральності, про святотатство склали групу злочинів, що знаходилися в юрисдикції церкви. Церква регулювала відносини, які виникали і розвивались із зміцненням християнства, зростало правове значення діяльності церкви; у процесі розвитку знаходилося церковне законодавство, його рух спочатку здійснювався вбік пристосування і адаптації до давньоруських умов, пізніше проведені систематизації відобразили риси нових суспільних потреб⁵¹⁸.

Канонічні норми регулювали не тільки питання церковного управління і церковного життя, але фактично всі питання сімейного права. Оскільки право Візантії, в основному, являло собою систематизоване римське право (кодифікація імператора Юстині-

⁵¹⁸ Федоренко Т. М. Вплив християнства на формування правової системи Київської Русі з кінця X по 40-ві роки XIII століття: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Т. М. Федоренко ; Київ. нац. ун-т ім.Т.Шевченка. — К., 2001. — С. 18.

ана VI ст.), то частково була сприйнята система і норми римського права.

Існують різні погляди на юридичну природу церковного права. Перший полягає в тому, що церковне право — це особлива правова система, аналогом якої може служити міжнародне право. Згідно з іншою думкою, церковне право належить до корпоративного права. Третій підхід полягає в тому, що церковне право — це комплексне правове утворення. Нарешті, четверта точка зору полягає в тому, що церковне право за певних умов можна вважати галуззю права⁵¹⁹.

Дореволюційні юристи вважали, що церковне право — це особлива правова система⁵²⁰. А однією із загальновизнаних особливих правових систем є міжнародне право. Звернемося до аналогії церковного і міжнародного права, яку проводили дореволюційні юристи. Видатний фахівець церковного права А. С. Павлов підкреслював, що церковне право має більше спільного з міжнародним правом, ніж навіть з державним⁵²¹. Виходячи з визнання міжнародного права особливою системою права, що відрізняється від національного права, і з ідеї про те, що церковне право має власне правовий характер незалежно від визнання його державою і становить особливий вид права поряд із правом світським, спробуємо зіставити дані явища.

Юристи-міжнародники, що розділяють дуалістичну концепцію співвідношення внутрішньодержавного і міжнародного права, велику увагу приділяли аналізу специфіки останнього. Указувалося, що різними в двох системах права є способи утворення норм, суб'єкти, об'єкти регулювання, способи функціонування та ін.

Чи присутній в церковному праві комплекс норм, подібних міжнародному праву? Таке питання має сенс тільки стосовно православного, а не католицького права, оскільки структура Католицької Церкви відрізняється наявністю єдиного вищого органу влади

⁵¹⁹ Дорская А. А. Церковное право в системе права Российской Империи конца XVIII — начала XX вв. : автореф. дис. ... д. ю. н. : 12.00.01 / А. А. Дорская. — СПб, 2008. — С. 37.

⁵²⁰ Бердников И. Церковное право как особая, самостоятельная правовая область / И. Бердников // Православный собеседник. — 1885. — Ч. 3. — С. 172-195.

⁵²¹ Павлов А. С. Курс церковного права (2-е издание) / А. С. Павлов. — СПб. : Издательство «Лань», 2002. — С. 379.

і високим ступенем централізації законотворчості та управління. Православну ж Церкву, де така «вертикаль влади» відсутня, можна в юридичному відношенні охарактеризувати як спільноту «автокефальних» (незалежних), або «помісних» (діючих на території певних держав і регіонів) Церков⁵²².

Якщо звернутися до іншої точки зору про те, що церковне право — це корпоративне право, можна знайти певний аналог і в дореволюційній науці. Г. Пухта, Ф. К. Савінії, Р. ф. Моль, Г. Аренс, В. Н. Лешков відносили церковне право до суспільного правила, виділяють нарівні з публічним і приватним правом⁵²³. Воно виникає незалежно від держави для здійснення різних цілей.

У роботах М. Ю. Варьяса, Є. П. Гаранова, Д. Д. Борового висловлюється думка, що корпоративне право регулює реально існуючі відносини людей усередині особливого корпоративного співтовариства, наприклад, церкви⁵²⁴. Це система правил, встановлених власником або адміністрацією підприємства (комерційної організації), які регулюють різні внутрішньофірмові відносини (наприклад, правила трудового розпорядку, положення про порядок преміювання і т. ін.). Більшість же вчених дотримуються думки, що корпоративне право — це складова частина цивільного права, сукупність юридичних норм, що регулюють правовий статус, порядок створення і діяльності господарських товариств і спільнот.

Богослови (В. Ципін, О. Бондач, А. Задорнов) вважають, що церковне право не можна розглядати як корпоративне право, оскільки під корпоративним правом мається на увазі конгломерат норм, що діють у комерційних організаціях, профспілках та інших об'єднаннях. Такі норми регулюють, як правило, економічну діяльність, вони базуються на принципах рівності учасників правовідносин, свободи договору і т. ін. Церковне ж право впливає на

⁵²² Бондач А. Г. Еще раз о природе церковного права: сравнительно-правовой аспект / А. Г. Бондач // Актуальные вопросы публичного права: Материалы II Межрегиональной конференции молодых ученых и студентов (4 декабря 2003 г.). — Екатеринбург : УрГЮА, 2004. — С. 40-43.

⁵²³ Лешков В. Н. Критика. Полицейское право г. Андреевского / В. Н. Лешков. — М. : Книга по Требованию, 2011. — С. 40.

⁵²⁴ Гаранова Е. П. Церковное право и российская правовая система: Монография / Е. П. Гаранова. — Кострома: Изд. -во Костромск. госуд. технол. ун. -та, 2007. — С. 270.

відносини в духовній сфері, відображає ієрархічний устрій Церкви, закріплює субординацію у відносинах сторін, необхідність суворого наслідування встановлених правил. Християнська релігія і Церква за своїм походженням не пов'язані з державою; їх метою є, врешті-решт, порятунок душ віруючих⁵²⁵.

Отже, концепція, вироблена церковними вченими-каноністами, полягає в тому, що з урахуванням принципових розбіжностей щодо предмету правового регулювання та матеріальних джерел, усе право диференціюється на мирське, світське право взагалі, до якого належить і корпоративне право, і церковне право. Можна говорити про більш широке поняття — релігійне право, оскільки багато хто, в тому числі нехристиянські, релігійні об'єднання, мають свої правові норми⁵²⁶. Але в нашій країні, де Православна Церква є найтрадиційнішою і такою, що об'єднує більшість населення, для суспільства і держави більш практичне значення має православне церковне право.

При цьому А. А. Дорська вважає, що сучасне церковне право можна назвати корпоративним правом, однак до дореволюційного церковного права даний термін непридатний у зв'язку з тим, що фактично аж до революції заперечувався позавіросповідний стан. У силу існування «панівної Російської православної церкви» церковні норми повинен був дотримувати кожен підданий Російської імперії незалежно від віри. Російська держава формувала церковну владу не тільки Російської православної церкви, але і протестантських, католицької, вірмено-григоріанської церков. Державне втручання в управління нехристиянських релігійних спілок формально заперечувалося, але регламентувалася індивідуальна поведінка кожного нехристиянина як підданого імперії.

⁵²⁵ Цыпин В. А. Церковное право: 2-е изд. / В. А. Цыпин. — М.: Изд. -во МФТИ, 1996. — 426 с.; Бондач А. Г. Церковное право как автономная правовая реальность в системе российского права / А. Г. Бондач // Эволюция российского права: материалы Всерос. студенч. науч. -практ. конф. / А. Г. Бондач. — Екатеринбург: УрГЮА, 2003. — С. 3-6; Задорнов А. Современные проблемы русского церковного права [Электронный ресурс] / А. Задорнов // Богослов. RU. — 2008. — Режим доступа: <http://www.bogoslov.ru/text/220951.html>.

⁵²⁶ Дорская А. А. Эволюция места канонического (церковного) права в системе права России / А. А. Дорская // Юриспруденция. — 2010. — № 2. — С. 37-43.

Розглянемо наступну точку зору, яка полягає в тому, що церковне право за певних умов можна вважати галуззю права. Так, наприклад, А. С. Смикалін пише про церковне право: «Ця галузь права для нашого законодавства порівняно молода, хоча, як не парадоксально, має майже тисячолітню історію... Це самостійна галузь права в системі юридичних норм, які мають свій специфічний об'єкт»⁵²⁷.

Церковне право в умовах Російської імперії — це галузь права, що є сукупністю правових норм, які визначають статус церков, а також права та обов'язки духовного стану, підданих (громадян) залежно від ставлення до них. Слід також звернути увагу на те, що терміни «церковне право» і «канонічне право» в Росії наприкінці XVIII — початку XX ст. суттєво різнилися. Норми канонічного права приймалися тільки церковними органами і ставали нормами церковного права, тільки якщо отримували санкцію держави. Наприклад, у Статуті духовних консисторій церковне право — це позитивне право, джерелом якого була держава. Сьогодні дослідження та аналіз традиційних підходів до питання про співвідношення канонічного та церковного права дозволяють зробити висновок про те, що вони співвідносяться як елементи однієї нормативної системи, що знаходяться в нерозривному зв'язку. Вивчення цих компонентів дає можливість більш повно відобразити структуру і функції розглянутої регулятивної системи, визначити співвідношення релігійних норм з нормами позитивного права в процесі соціального регулювання і усвідомити соціально-регулятивну функцію церковного права.

А. А. Дорська у своєму дисертаційному дослідженні з позицій догми права аналізує стосовно церковного права ознаки галузі права і пропонує до розгляду такі його ознаки.

Об'єктом регулювання церковного права є всі сфери життя, прямо або побічно пов'язані з інтересами церкви. Предметом церковного права були суспільні відносини, що виникали в процесі здійснення прав церковної організації і віруючих.

⁵²⁷ Смыкалин А. С. Церковное право: публичное или частное / А. С. Смыкалин // Публичное, корпоративное, личное право: проблема конфликтности и перспективы консенсуальности: материалы V научно-теоретической конференции (2-3 декабря 2005). — СПб, 2005. — С. 189, 193.

До методів церковного права можна віднести як імперативний, так і диспозитивний, при перевазі першого. Зокрема, по відношенню до православних діяв імперативний метод: заборонявся вихід з православ'я; у разі якщо один з батьків був православним, а другий належав до іншого християнського сповідання, дитина могла бути тільки православною; існувала тільки церковна форма шлюбу і т. ін. Щодо решти підданих застосовувався і диспозитивний метод; наприклад, нехристияни могли перейти в будь-яке християнське віросповідання, а інословні — у православ'я.

Церковне право має певну ступінь внутрішньої організації, що дозволяє даній сукупності норм виступати елементом системи права в цілому.

Зауважимо, що жодне з офіційних джерел не давало уявлень про систему церковного права. Не було вирішено це питання і в Зводі законів Російської імперії. У системі церковного права виділяли: 1) зовнішнє право церкви, що містить питання правового регулювання взаємовідносин з державою та іншими церквами і релігійними спілками; 2) внутрішнє право церкви, що включає проблеми устрою церкви (вступ до церкви, особовий склад церковного суспільства, органи церковної влади) і церковного управління (церковно-процесуальні питання, що освячує владу церкви, церковно-майнове право).

Церковне право взаємодіяло з іншими галузями права. Так, церковне право справило значний вплив на кримінальне право, причому часом воно сприяло як його розвитку, так і стагнації. У зв'язку з тим, що церква була важливим державним інститутом, релігійні злочини за тяжкістю завжди знаходилися в кримінальному законодавстві після злочинів проти держави. З церковного права кримінальним були запозичені такі принципи, як наявність вини як ознака злочину, допущення каяття злочинця, затвердження різних цілей покарання, а не тільки залякування. Вони послужили вихідною позицією для подальшого розвитку кримінального права.

Церковне право практично не зробило впливу на розвиток громадянського права. Скоріше, навпаки, цивільне законодавство зробило церкву привілейованим суб'єктом цивільно-правових відносин.

Величезний вплив церковне право справило на становлення вітчизняного сімейного права. До XVIII ст. шлюбно-сімейні спра-

ви цілком перебували в юрисдикції церкви. Проте з кінця XVIII ст. спостерігається посилення втручання держави в правове регулювання сімейних відносин, яке поступово зростало в XIX ст. У кінці XIX — початку XX ст. державна влада, незважаючи на розробку проектів введення цивільного шлюбу і розлучення, максимально зберігала старі підвалини — церковну форму шлюбу, умови вступу в шлюб, віднесення розлучень до церковних судів. Цей процес істотно загальмував становлення сімейного права як галузі права.

Сучасна юриспруденція не може не враховувати, що церковне право має комплекс ознак, що дозволяють розглядати його як специфічну нормативну систему соціального регулювання.

Розгляд джерел церковного права дозволяє виявити, що характер регулятивного впливу канонічних норм на суспільні відносини безпосередньо залежить від його взаємозв'язку з правовою системою, важливою регулятивною особливістю норм церковного права є можливість їх застосування у випадках недостатності державно-правового регулювання.

Тривалий час церковне право визнавалося частиною правової системи, і тільки після відділення церкви від держави воно втратило своє юридичне значення. Незважаючи на це, основні принципи християнської релігії, викладені в канонічних установленнях, знаходять своє відображення в нормах законодавства сучасної держави, оскільки до основи багатьох нормативно-правових актів були покладені саме релігійні цінності. Отже, до церковного права (*jus ecclesiasticum*) можна віднести всі церковно-правові норми, позначені в законодавчих актах церкви і в державних законах у справах церкви, заснованих на приписах канонічного права. Іншими словами, церковне право — це право, яке має своїм предметом регулювання церковно-правових відносин у державі, при цьому будучи результатом діяльності не тільки церкви як джерела свого права, а й держави як влади, що визначає правовий статус церковної організації з урахуванням історичних особливостей розвитку суспільства і держави.

Церковне право включає в себе поєднання двох сфер регулювання: область внутрішніх і зовнішніх церковно-правових відносин, в основі регламентації яких лежить саме канонічне право. Церковне право становить систему норм, що регулюють відноси-

ни, які складаються як усередині церкви, так і її відносини з іншими громадськими об'єднаннями та з державою.

Цей підхід дозволяє відсторонити невизначеність у застосуванні вказаних понять, установити одноманітне розуміння і чітке відмежування релігійно-догматичних норм від церковно-правових, а також правильне використання цих понять у церковному праві — і всій системі юриспруденції. Але розділення понять доволі умовне, однак це не заважає його безпосередньому використанню з метою вивчення церковного права як нормативної системи в рамках юридичної науки. Проведення лінії, нехай навіть умовної, між цими поняттями дає можливість чіткіше відмежувати в процесі вивчення норми, використовувати при правовому регулюванні суспільних відносин, від релігійно-догматичних норм, що мають і обрядове, і духовно-моральне значення.

Подібне бачення церковного права дозволяє повніше відобразити його структуру та функції, визначити співвідношення церковних і світських норм у процесі регулювання суспільних відносин, а також усвідомити соціально-регулятивну функцію церковного права як специфічної регулятивної системи. У сучасному розумінні, церковне право — це система права, що регулює конкретні, реально існуючі відносини людей усередині особливого релігійного товариства — Церкви.

За словами Н. Н. Глубоковського: «Церква, реалізуючись у світі, приносить свої власні норми, за якими засновує і регулює типово християнське життя, відмінне від всякого іншого за самим своїм устроєм... Так виникає церковно-правовий порядок, який за своєю вирішальною важливістю вимагає спеціального наукового історико-теоретичного розгляду, а для церковно-правового життя це буде церковним правом»⁵²⁸.

Аналізуючи погляди вчених, що стосуються особливостей правового характеру норм церковного права, зауважимо, що церковному праву притаманні: нормативність, зовнішнє вираження, системність, функціональність і механізми забезпеченості.

⁵²⁸ Глубоковский Н. Н. Русская богословская наука в ее историческом развитии и новейшем состоянии / Н. Н. Глубоковский. — М. : Издательство Свято-Владимирского Братства, 2002 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://proroza.narod.ru/Glubokovsky.htm>.

Для правильного розуміння сутності церковного права як регулятора суспільних відносин необхідно враховувати, що особливістю соціального регулювання взагалі і права зокрема, є його вплив на волю і свідомість суб'єктів.

Завданням церковного права є регулювання відносин у суспільстві, шляхом установлення правил поведінки. Розглядаючи примус як механізм захисту норми права, слід зазначити значні особливості канонічної норми, а саме санкції, основне призначення якої не кара, а виправлення.

Перш, ніж церковне право знайшло якусь повноту і зайняло міцні позиції в суспільстві, воно пройшло довгий і складний шлях становлення, починаючи від Хрещення Русі князем Володимиром. Церковно-правові приписи виступали фактичними регуляторами суспільних відносин, більше того, багато з цих приписів знайшли своє відображення в національному законодавстві, впливаючи в цілому на подальше формування і розвиток вітчизняного позитивного права.

Церковне право зіграло величезну роль у процесі формування сучасної європейської правової системи. Як зазначає М. Ю. Варьяс, «по суті церковне право стало першою загальноєвропейської наднаціональної системою права; інститути та правові процедури, породжені цією протосистемою, випередивши національно-правове регулювання з часу своєї появи, лягли до основи сформульованих пізніше національних правових систем Європи»⁵²⁹.

Сьогодні складається система взаємовідносин між державою та релігійними об'єднаннями в Україні, яка поступово набуває характеру співробітництва (партнерства) на основі поділу їх функцій, а тому необхідно знання і розуміння церковних норм, багато з яких склалися століттями. Слід так само відзначити, що тема християнських традицій у праві виявляється безпосередньо пов'язаною з проблемами сьогодення вищої юридичної освіти, проблеми якої, перш за все, відображають процес її розвитку, мета якого полягає в створенні такої системи знань, яка формувала б світогляд, правову культуру людини, інтелектуально збагачувала та забезпечувала додержання норм моралі.

⁵²⁹ Варьяс М. Ю. Церковное право в романо-германской правовой системе : дис. к. ю. н. : 12. 00. 01 / М. Ю. Варьяс. — М., 1997. — С. 213.

Можна стверджувати, що сьогодні в Україні, поряд зі світським правом функціонує церковне право — самостійна система правових норм, установлених органами церковної влади і регулюючих як внутрішні відносини віруючих з приводу духовних благ, так і різні аспекти статусу православної Церкви в суспільстві. Норми церковного права, маючи ознаки нормативності, є своєрідним регулятором суспільних відносин, доповнюючи правові можливості держави у сфері соціального регулювання, при цьому церковне право, незалежно від його формального визнання державою, є правом у власному розумінні цього слова.

Правове життя — це не тільки конгломерат діючих офіційно визнаних правових норм, що породжують правовідносини, а й вся звичайно-правова дійсність, яка латентно завжди присутня в правовому житті і виявляє себе в процесі практичного життя. Заперечуючи монізм, плюралістичний підхід дозволяє не протиставляти форми права як «нижчі» та «вищі», а інтегрувати їх в одній правовій матриці, що складається з взаємозалежних і взаємозумовлених правових полів, відкриваючи широкий спектр можливостей співіснування різних правових культур⁵³⁰. В основі генезису права лежить багатолінійність і різноманіття, в будь-якій історичній ситуації у кожного народу є безліч напрямків правового розвитку. Навіть в історії окремо взятої держави розвиток права відбувається не одноманітно, воно часто перебуває в стані диференційованості і плюралізму, розвивається відносно різноманітно в часі і просторі, трансформуючись у різні форми і системи. Різні історичні періоди розвитку суспільства залишають своєрідні відбитки в його правовому житті, що відбивається в правосвідомості як в раціоналізованій теоретичній формі, так і в несвідомій області на рівні архетипів.

Соціокультурний релятивізм права полягає в тому, що ідея права в реальному житті носить відносний характер, має різноманітні змістовні характеристики і форми об'єктивації, що зумовлено унікальністю і різноманіттям правових культур. Він підтверджується специфікою сприйняття західних правових цінностей в східних країнах: від повного заперечення і неприйняття до часткового

⁵³⁰ Антонов М. В. Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма? / М. В. Антонов. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2013. — № 1. — С. 151-175.

сприйняття (трансформації, яка передбачає видозміну) при збереженні традиційної культури. Таким чином, розвиток права, праворозуміння, правової культури та свідомості, правових норм і правового мислення відрізняється відносністю, і це зумовлено типом культур відповідного часу⁵³¹. Підводячи підсумок, можна констатувати, що правовий плюралізм є методологією пізнання генезису права, що базується на множинності джерел його виникнення і не обов'язково зв'язує правоутворення з правотворчою діяльністю держави. Центр ваги у розвитку права як у давнину, так і в сучасних умовах знаходиться не в законодавстві, не в юриспруденції, не в судовій практиці, а в самому суспільстві, право може обійтися без держави, і яскравим прикладом тому є церковне право.

3.5. ІНСТИТУЦІЙНИЙ ПІДХІД У ДОСЛІДЖЕННІ ДЕРЖАВИ

Взаємодія людей в суспільстві відбувається в різних формах, частина з яких має формалізований характер, іншими словами, здійснюється за допомогою певних соціальних інститутів. Під терміном «інститут» (від лат. *Institutum* — установа, устрій) у даному випадку мають на увазі 1) соціальний устрій як комплекс найзагальніших соціальних норм, принципів, культурних зразків, що визначають сутність і стійкість соціальних явищ; 2) соціальну установу, організацію, яка виступає суб'єктом соціальних відносин і дій⁵³².

Дослідженням соціальних інститутів взагалі та інститутів держави, зокрема, займаються представники не тільки юридичних наук. Зокрема, поняття інститут використовується в політології для найповнішої і найточнішої характеристики елементів політичної системи суспільства. Поняття інститут також вельми широко використовується в соціології для характеристики певних суспільних установ, що формують соціальну дійсність того чи іншого суспільства.

Інституційна характеристика держави пов'язана з розглядом його як певної цілісності, виділеної з соціального середовища,

⁵³¹ Гусейнов А. И. Право как феномен культуры : монография / А. И. Гусейнов. — М. : Изд-во Моск. гуманит. ун-та, 2006. — С. 304.

⁵³² Новая философская энциклопедия в 4-х томах / Инст-т философии РАН под ред. В.С. Стенина. — М., 2001. -С. 124.

організованої системи різноманітних органів і установ, що знаходяться у взаємній залежності одне від одного, тобто того, що іменується механізмом держави⁵³³.

Є необхідність не зводити складові механізму держави до органів держави, оскільки його функціонування було б, зокрема, неможливим без таких інститутів держави як надзвичайний стан, вибори, референдум. Основною заслугою інституціоналістів є теоретичне обґрунтування існування в рамках суспільства елементів, які є більшим, ніж проста сукупність індивідів.

Для визначення поняття інституту держави звернемося до визначення поняття інституту.

У соціології під інститутом розуміють історично сформовані стійкі форми організації спільної діяльності людей. Термін «соціальний інститут» вживається в найрізноманітніших значеннях. Говорять про інститут сім'ї, інститути освіти, охорони здоров'я, інститути держави. Найчастіше вживане значення терміну «соціальний інститут» пов'язане з характеристикою будь-якого упорядкування, формалізації і стандартизації суспільних зв'язків і відносин: стабільні комплекси статусів, ролей, груп і організацій, які забезпечують основу для задоволення фундаментальних соціальних потреб людини. А сам процес упорядкування, формалізації і стандартизації називають «інституціоналізацією»⁵³⁴.

Термін «інститут» в політичній науці використовується насамперед для позначення різного роду упорядкованих і формалізованих політичних відносин або для характеристики різного роду стійких об'єднань людей.

Інституціоналісти (Т. Веблен, М. Оріу, Ж. Ренар, А. Грачі, М. Прело та ін.) під політичними інститутами розуміють групи людей, об'єднаних ідеєю, почуттям солідарності для виконання певних функцій. Т. Парсонс і П. Хортон трактують політичні інститути як систему ролей, організовану систему поведінки і політичних

⁵³³ Оборотов Ю.Н. Современное государство: основы теории: Учебный курс / Ю.Н. Оборотов. — Одесса: Астропринт, 1998. — С. 47.

⁵³⁴ Чернецький Ю. Сучасний інституціоналізм як напрям соціологічного теоретизування / Ю. Чернецький // Соціологія: теорія, методи, маркетинг. — 2003. — №4. — С. 34..

відносин. Р. Кеніг під політичними інститутами розуміє систему норм, що регулюють поведінку людини в політичній сфері.

У зв'язку з цим структура, внутрішні елементи політичних інститутів виглядають таким чином: а) статус людей в політичній сфері діяльності і політичних відносин; б) сукупність ролей, які виконують люди, асоційовані в рамках даного інституту; в) політичні норми як суб'єктивні компоненти діяльності, які функціонують у формі звичаїв, традицій, законів, принципів. Важливим елементом політичних інститутів виступає їх функціональна спрямованість. Слід зосередити увагу на трьох основних функціях інститутів: а) регулювання діяльності і політичних відносин; б) закріплення і відтворення політичних відносин; в) включення людей в політичну діяльність і політичні відносини при дотриманні наступності та безперервності інституційного розвитку. Головна функція всіх інститутів — регулювання суспільно-політичних процесів і явищ з метою збереження їх стабільності та підтримки рівноваги між ними⁵³⁵.

Обґрунтовуючи свою концепцію, інституціоналісти зазначали, що спочатку суб'єктами владних відносин були тільки індивід і держава. Починаючи з епохи буржуазних революцій у владні відносини стали включатися також різноманітні асоціації. Щось подібне відбувалося і з державною владою. Якщо спочатку державна влада виступала як влада однієї особи (монарха, вождя) або групи осіб (аристократія), то з розвитком суспільства влада з особистої перетворилася на інституційну. Даний процес отримав назву інституціоналізація.

У соціології під інституціоналізацією розуміють типізацію звичних дій діями різного роду. Інакше кажучи, будь-яка типізація є інститут. Важливо відзначити, що інституціоналізація передбачає типізацію не тільки дій, але і акторів в інститутах, іншими словами, дії типу Х повинні відбуватися діями типу Х. На практиці це означає, що для формування інституту необхідною умовою є створення чітких моделей поведінки для визначеного кола осіб⁵³⁶.

Найважливішими передумовами того процесу є:

⁵³⁵ Общая и прикладная политология / Под общ. Ред. В.И. Жукова, Б.И. Краснова. — М.: МГСУ, "Союз", 1997. — С. 409.

⁵³⁶ Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. — М.: Медиум, 1995. — С. 90.

1) виникнення певних суспільних потреб у нових типах соціальної діяльності і відповідних їм соціально-економічних і політичних умов;

2) розвиток необхідних організаційних структур і пов'язаних з ними соціальних норм і регулятивів поведінки;

3) засвоєння індивідами нових соціальних норм і цінностей, формування на їх основі системи потреб особистості, ціннісних орієнтацій та очікувань.

Інституціоналізація є еволюцією людської діяльності від менш певних форм до більш визначених, від «імпровізованих» до заздалегідь відомих, від розрізнених до узгоджених, від індивідуалізованих до загальноприйнятих. Тому саме право виступає найінституціоналізованішою сферою суспільного буття і свідомості, адже відомо, що в області права прагнення до стабільності, точності, гарантованості поведінки досягає своєї вершини. Єдність публічної влади як інституціоналізованого виду соціальної влади і права як інституційної підсистеми соціального регулювання утворює свого роду «вогнище» інституціоналізації в суспільстві.

Процес інституціоналізації включає в себе три основних моменти:

1. Однією з необхідних умов формування інститутів є відповідна соціальна потреба. Інститути покликані організовувати спільну діяльність людей з метою задоволення тих чи інших потреб. Виникнення певних суспільних потреб, а також умови для їхнього задоволення є першими необхідними моментами інституціоналізації.

2. Соціальний інститут утворюється на основі соціальних зв'язків, взаємодії і відносин конкретних осіб, соціальних груп та інших спільнот. Але він, як й інші соціальні системи, не може бути зведений до суми цих осіб та їх взаємодій. До основних елементів інституту належить система цінностей, норм, ідеалів, а також зразків діяльності і поведінки людей.

3. Адаптація індивідів і колективів до нормативних вимог соціальних інститутів, в ході якої формується соціально-психологічні механізми, що забезпечують стабільність і стійкість громадської організації⁵³⁷.

⁵³⁷ Зырянов С.Г. Институционализация электоральных процессов в странах с переходными политическими режимами / С.Г. Зырянов // Личность. Культура. Общество. — 2007. — вып. 1. — С. 171.

Можливі два основних шляхи інституціоналізації: при першому з них інститути засновуються рішеннями органів публічної влади або формуються соціально активними громадянами. Другий шлях пов'язаний з тим, що інститути формуються в практиці суспільних відносин, існують у вигляді фактичних моделей поведінки і лише потім приймають характер загального правил. Таким чином, у першому випадку інституціоналізація є цілеспрямованим і контрольованим процесом, в той час як другий спосіб передбачає стихійне зародження інституту.

Однак слід зазначити, що на цьому інституціоналізація не закінчується. Новий інститут повинен пройти перевірку часом, соціальна практика може істотно змінити закріплені в ньому моделі поведінки, змінити його структуру та організацію.

Система інститутів конкретного суспільства формує так звану «інституційну матрицю» — стійку, історично сформовану систему базових інститутів, що регулюють взаємопов'язане функціонування основних суспільних сфер — економічної, політичної та ідеологічної.

У зв'язку з тим, що інституційна матриця лежить в основі функціонування основних суспільних підсистем — економіки, політики та ідеології, вона задає, позначає природу суспільства, його специфіку, що відтворюється в ході історичної еволюції⁵³⁸.

Однією з конститутивних рис інституціоналізації є встановлення зв'язку з певним соціальним середовищем, в якому вона знаходить свою підтримку. Цей момент знаходить найяскравіше вираження саме в державі, що спирається на визнання народу.

Відповідно до концепції французького інституціоналіста Ж. Бурдо, інституціоналізація влади — це юридична операція, з якої політична влада переноситься з особистості правлячих на абстрактну сутність держави. Юридичним ефектом цієї операції і є утворення держави як субстрату влади, не залежної від особистості правлячих, як абстрактного і постійного носія влади⁵³⁹.

⁵³⁸ Кирдина С.Г. Институциональные матрицы и развитие России / С.Г. Кирдина
Режим доступу: <http://kirdina.ru/book/glava2.shtml#p21>

⁵³⁹ Левин И. Д. Современная буржуазная наука государственного права: критика основных направлений / И.Д. Левин. — М., 1960. — С. 157.

У даному випадку можна говорити про те, що інституціоналізація влади призводить до встановлення легального панування, при якому громадяни, підкоряючись владним розпорядженням державної влади, підпорядковуються не особистості, а безособовому порядку і тому зобов'язані коритися тільки в рамках ділової компетенції, раціонально розмежованої цим порядком⁵⁴⁰.

У Ж. Бюрдо держава не обмежує себе, вона народжується обмеженою, тому що виникає в результаті перетворення фактичної влади на правову.

Слід погодитися з думкою С. В. Довгого, що процес інституціоналізації влади носить об'єктивно зумовлений перманентний характер, націлений на постійне приведення поточних завдань владних інститутів у відповідність до суспільних потреб. Саме тому політичні інститути ніколи не залишаються незмінними, тому що це суперечить принципу розвитку політичної системи та перспективам суспільного розвитку в цілому⁵⁴¹.

Інститути передбачають також історичність і контроль. Інститути завжди мають історію, продуктом якої вони і є. Неможливо адекватно зрозуміти інститут, не розуміючи історичного процесу, у ході якого він був створений. Крім того, інститути вже завдяки самому факту свого існування контролюють людську поведінку, встановлюючи певні її зразки, які надають поведінці один з багатьох, теоретично можливих напрямків. Важливо підкреслити, що цей контролюючий характер притаманний інституціоналізації незалежно від того, чи створені механізми санкцій, що підтримують інститут. Додаткові механізми контролю потрібні лише в тому випадку, якщо процеси інституціоналізації не були цілком успішними⁵⁴².

В юриспруденції інституційний підхід розвивався в рамках соціологічних підходів до права і держави. Соціологічна теорія права базується на розумінні права як фактичного устрою життя

⁵⁴⁰ Вебер М. Типы господства / М. Вебер // Личность. Культура. Общество. — 2008. — Вып. 1. — С. 37.

⁵⁴¹ Довгий С.В. Про категоріальні засади аналізу інституціоналізації влади / С.В. Довгий // Актуальні проблеми політики. — 204. — № 19. — С. 179.

⁵⁴² Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. — М.: Медиум, 1995. — С. 91.

суспільства, тих відносин, які існують в дійсності. Ключова категорія соціологічної теорії права — «живе право», тобто те, що відображає сформований порядок у суспільстві. Прихильники соціологічної теорії права надають пріоритет «живому праву», а не системі офіційних норм.

Особливе місце серед соціологічних правових концепцій належало інституціоналізму. Його основи були закладені відомим французьким адміністративістом, деканом факультету права Тулузького університету Морісом Оріу (1856- 1929). Концепцію інституту він сформулював ще в 1906 році, але більш повне вираження вона знайшла в дисертації «Теорія інституту та її обґрунтування. Нариси соціального віталізму»(1925р.), а також в інших його працях⁵⁴³.

Інституціоналізм виходить з того факту, що існуючі в кожному суспільстві колективи (соціальні спільності, установи), такі, як сім'я, робочий колектив, добровільна асоціація, а також колективи, організовані в ім'я задоволення розумових та інших запитів, слід сприймати установами інтегративними, тобто такими, що забезпечують згуртування суспільства в націю-державу. При цьому інтегративна роль кожного колективу виконується ним разом з виконанням тієї ролі, яка пов'язана з вигодою для нього самого.

М. Оріу розглядав суспільство як сукупність величезної кількості інститутів, що включають в себе людей, а також ідею, ідеал, принцип, які служать свого роду провідником енергії цих індивідів. І якщо спочатку особи, об'єднавшись для спільних дій, утворюють організацію, то з моменту, коли вони усвідомлюють свою єдність, формується інститут. Для Оріу інститут — це ідея справи або підприємства, здійснювана правовими засобами. Наприклад, комерційне підприємство побудовано на ідеї прибутку, госпіталь — на ідеї співчуття⁵⁴⁴.

У книзі «Основи публічного права» М. Оріу вказує, що в юриспруденції термін «інститут» має кілька значень: у першому значенні — це будь-яка організація, створена звичаєм або правом,

⁵⁴³ Воротилин Е.А. Онтология права в теории институционализма / Е.А. Воротилин // Правоведение. — 1990. — № 5. — С. 43.

⁵⁴⁴ Ориу М. Основы публичного права / М. Ориу — М.: Изд-во Ком. акад. 1929. — С. 113.

навіть якщо ця організація є простим засобом юридичної техніки. У такому розумінні позов цивільний або адміністративний є інститутами. Однак для Оріу інтерес представляли інститути не як засоби правової техніки, а як елементи соціальної організації⁵⁴⁵.

Інститут, відповідно до його визначення, — це соціальна організація, яка здійснила в собі вищу ступінь правового порядку, тобто організація, що наділена суверенітетом влади, конституційним устроєм цієї влади з певним статутом та юридичної автономією. Прийнявши таке визначення, можна дійти висновку, що інститут є не що інше як певна форма існування соціальної організації, соціальна організація, доведена до досконалості.

Дане визначення інституту з деякими зауваженнями підтримує більшість представників старої школи інституціоналізму. При цьому соціальна організація буде досконалою (тобто стане інститутом) при виконанні таких умов:

- 1) її органи влади будуть наділені суверенітетом для здійснення цілей групи;
- 2) узгоджена діяльність всієї організації, взятої в цілому, і її органів буде забезпечена конституційним устроєм влади;
- 3) соціальна організація як корпоративний інститут повинна мати певний рівень юридичної автономії⁵⁴⁶.

На початку 70-х років французький юрист, політолог і соціолог Моріс Дюверже розробив нове поняття інституту і виклав його в таких роботах, як «Політичні партії» (1951р.) та «Політичні інститути та конституційне право» (1960р.).

Сформоване під впливом ідей структуралізму, воно як за своїм характером, так і за обсягом істотно відрізняється від традиційного поняття інституту. Для М. Дюверже інститути — це моделі людських відносин, з яких копіюються конкретні відносини, які набувають таким чином характер стабільних і стійких. При цьому він виділяє два елементи в понятті інституту: структурний елемент і елемент вірувань, колективних уявлень.

Французький політолог розглядає два типи інститутів: інститут як проста система відносин, скопійована зі структурної моделі,

⁵⁴⁵ Оріу М. Основы публичного права / М. Оріу — М.: Изд-во Ком. акад. 1929. — С. 114.

⁵⁴⁶ Там само. — С. 116.

та інші, які, крім того, мають технічну і матеріальну організацію: юридичні тексти, що регламентують їх діяльність, приміщення, машини, емблеми, бланки, адміністративну ієрархію, персонал. При цьому М. Дюверже вважає технічні та матеріальні елементи вторинними, визнаючи, однак, що технічні та матеріальні елементи підсилюють згуртованість, стабільність структурних моделей, об'єктивують їх, даючи їм відчутну реальність⁵⁴⁷.

У рамках сучасної політичної науки широкого поширення набула неoinституціональна теорія. Відповідно до ідей неoinституціоналістів, під інститутом розуміються «правила гри в суспільстві або створені людиною обмежувальні рамки, які організують взаємовідносини між людьми»⁵⁴⁸.

Однак серед неoinституціоналістів немає єдиної позиції з приводу переліку цих правил гри і обмежувальних рамок. Представники соціологічного інституціоналізму включають до цього переліку норми, культуру символи, звичаї або навіть міфи і церемонії, у той час як представники раціонального інституціоналізму визначають інститут як набір правил, які структурують поведінку індивідуума і прийняття ним рішень⁵⁴⁹. Цікавою є концепція історичного інституціоналізму, відповідно до якої інститути — це структури і організації держави і суспільства, що забезпечують середовище, в якому політичні актори формують свої стратегії і втілюють в життя свій інтерес.

Політологи розділяють інститути на формальні і неформальні. До формальних інститутів відносять норми, установлені чи санкціоновані публічною владою, що мають універсальний характер. Найяскравішим прикладом формальних інститутів є правові норми. До неформальних інститутів відносять правила поведінки, які існують у формі звичаїв, традицій або угод; при цьому вони носять партикулярний характер і їх виконання контролюється тільки зацікавленими суб'єктами.

⁵⁴⁷ Грацианский П. С. Политическая наука во Франции: критические очерки / П.С. Грацианский. — М.: Наука. 1975. — С. 64.

⁵⁴⁸ Панов В. П. Трансформация политических институтов в России: кросстемпоральный сравнительный анализ / В.П. Панов // Полис. — 2002. — № 6. — С. 58.

⁵⁴⁹ Judge, David. Political Institutions in the United Kingdom. Oxford University Press, 2005. — 323p.

Неоінституціоналісти розробили новий критерій визначення ступеня інституціоналізації тих чи інших організацій, позначений як символічний капітал. При цьому під символічним капіталом розуміються певні вірування, уявлення, інші внутрішні особливості людей, на основі близькості яких відбувається згуртування цих людей в рамках конкретної організації.

Залежно від характеру ідеї, що лежить в основі інституту, формуються засоби і способи діяльності і самі види інститутів. Слід зазначити, що для державно-правових інститутів характерними є рамкові ідеї, які виражають потреби нормативної регламентації громадського життя. Для державно-правових інститутів винятково важливе значення мають ідеї праворозуміння, законності та справедливості, міцності правового порядку, захисту прав і свобод громадян⁵⁵⁰.

Для визначення поняття інституту держави необхідно також з'ясувати основні його ознаки, до яких В. Є. Чіркин відносить наступні:

1) інститут держави — це не система норм (як у праві) і не певна частина, компонент у політичній системі (як в політології), а елемент державності, основна одиниця для її аналізу в тій чи іншій країні;

2) це завжди відносно відокремлена частина державної структури, що має певну автономію;

3) будучи частиною більш широкої структури — держави, інститут держави має регулятивний характер, він створюється для регулювання певної сфери суспільних відносин;

4) інститут держави завжди є способом організації певних зв'язків і відносин як цілісної структури;

5) будь-який інститут держави завжди має не тільки свою організацію, але й своє функціональне призначення⁵⁵¹.

На нашу думку, до ознак інституту держави слід також віднести його зв'язок з правом, який проявляється в кількох аспектах:

1) інститут держави завжди має нормативне закріплення на рівні

⁵⁵⁰ Ветютнев Ю. Ю. Институционализация как закономерность государственно правовой жизни / Н. Н. Вопленко Ю. Ю. Ветютнев // Правовая политика и правовая жизнь. — 2004. — № 3. — С. 24.

⁵⁵¹ Чиркин В. Е. Государствоведение / В.Е. Чиркин. — М.: Юрист, 1998. — С. 124.

національного законодавства, 2) основою функціонування інститутів держави є правові принципи і правові цінності.

Виходячи з перерахованих вище ознак інституту держави, його можна визначити як автономну організаційно-функціональну структуру, основою діяльності якої виступають правові норми і принципи, яка виконує особливу функцію в цілісній структурі державного буття.

Поглиблена характеристика інститутів держави пов'язана з необхідністю проведення їх класифікації. При цьому різноманіття критеріїв класифікації інститутів держави визначається залежно від мети, яку ставить перед собою дослідник. В юридичній науці були запропоновані наступні критерії класифікації інститутів держави⁵⁵²:

1) організаційно-функціональний, відповідно до якого інститути держави поділяються на організаційні та функціональні.

Це розмежування пов'язане з тим, що інститут держави, як і інститут взагалі, не завжди має організаційну структуру. При цьому технічні і матеріальні елементи виступають вторинними, хоча вони підсилюють згуртованість, стабільність структурних моделей, об'єктивуючи їх, надаючи їм відчутної реальності.

До організаційних інститутів, зокрема, належать інститут глави держави, інститут парламенту, тобто такі інститути, які завжди мають матеріальне вираження, свою організацію, чітку структуру і регламентацію. До функціональних інститутів належать: інститут надзвичайного стану, інститут виборів, референдуму та інші. Указані інститути в більшості випадків не мають матеріального вираження. Так, у статті 1 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» зазначено, що надзвичайний стан — це особливий правовий режим, який може тимчасово вводитися в Україні чи в окремих її місцевостях при виникненні надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру не нижче загальнодержавного рівня, що призвели чи можуть призвести до людських і матеріальних утрат, створюють загрозу життю і здоров'ю громадян, або при спробі захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства, і передбачає надання

⁵⁵² Чиркин В. Е. Государствоведение / В.Е. Чиркин. — М.: Юрист, 1998. — С. 125.

відповідним органам державної влади, військовому командуванню та органам місцевого самоврядування відповідно до цього Закону повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення безпеки і здоров'я громадян⁵⁵³.

Слід зазначити, що такий поділ інститутів є досить умовним, оскільки будь-який з інститутів держави має як організаційний, так і функціональний елементи.

2) прості (елементарні) та комплексні інститути. Цей критерій відображає особливості внутрішньої структури інституту держави.

У першому випадку інститут являє собою елементарну одиницю і не може бути поділений на більш дрібні інститути. Це інститути надзвичайного стану, референдуму, адміністративного контролю та інші. Комплексні інститути складаються з інших інститутів, які є підінститутами відносно комплексних інститутів.

3) основні та похідні (неосновні) інститути держави — відповідно до пріоритетності положення інститутів держави.

До основного комплексного інституту державної влади приймає інститут державного суверенітету, що знаходить свій головний прояв у незалежності державної влади від будь-якої влади в даній країні і поза її межами. Інститут представника державної влади на місцях пов'язаний з інститутом контролю держави за діяльністю місцевого самоврядування; останній у цьому зв'язку виступає вже як підінститут першого.

4) виходячи з наявності трьох гілок влади, існують інститути законодавчої, виконавчої та судової влади.

У рамках інституту законодавчої влади функціонують такі інститути, як парламент, парламентаризм, правове становище депутата, законодавчий процес. Інститутами виконавчої влади є інститут уряду, інститут місцевих органів виконавчої влади. До інститутів судової влади належать інститут суду, судового рішення, повноважень судді та інші. Важливість такого інституту держави, як правове становище депутата, знаходить своє підтвердження і закріплення в конституціях багатьох держав. Зокрема, в ст. 80 Конституції України передбачені такі гарантії, як депутатська недоторканність,

⁵⁵³ Про правовий режим надзвичайного стану: Закон України від 16.03.2000 № 1550-III//Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2000. — № 23. — ст.176.

неможливість притягнення до кримінальної відповідальності, затримання та арешту народного депутата без згоди Верховної Ради і відсутність відповідальності за результати голосування.

5) інститути представницької і безпосередньої демократії, оскільки державна влада може здійснюватися або за допомогою діяльності органів держави, або безпосередньо народом. До перших належить парламент та інші виборні органи, які діють на постійній основі, до інститутів безпосередньої демократії належать інститути виборів, референдуму, дострокового відкликання депутатів. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про вибори народних депутатів України», народні депутати України обираються громадянами України на основі загального, рівного і прямого виборчого права таємним голосуванням⁵⁵⁴. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про вибори Президента України», Президент України обирається громадянами України на основі загального, рівного і прямого виборчого права таємним голосуванням⁵⁵⁵. Відповідно до закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми», референдум — це спосіб прийняття громадянами України шляхом голосування законів України, інших рішень з важливих питань загальнодержавного і місцевого значення⁵⁵⁶.

Наведена вище класифікація інститутів держави, здійснена В. Є. Чіркіним, може бути доповнена шляхом використання критеріїв класифікації органів держави, запропонованих А. В. Мальком⁵⁵⁷:

б) центральні та місцеві інститути держави — відповідно до положення в ієрархії інститутів держави. До центральних інститутів держави належать, наприклад, парламент, уряд, глава держави. До місцевих інститутів відносять інститут представників державної влади на місцях (комісари, префекти, губернатори) та інститути місцевого самоврядування. Центральні інститути займають

⁵⁵⁴ Про вибори народних депутатів України: Закон України від 17.11.2011 № 4061-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2012. — № 10-11. — ст.73

⁵⁵⁵ Про вибори Президента України: Закон України від 05.03.1999 № 474-XIV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 1999. — № 14. — ст.81

⁵⁵⁶ Про всеукраїнський та місцеві референдуми: Закон України від 03.07.1991 № 1286-XII // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР). — 1991. — № 33. — ст.443

⁵⁵⁷ Малько А. В. Теория государства и права: Учебник / Н. И. Матузов, А. В. Малько — М., 2006. — С. 24

чільне місце через те, що їх владні повноваження поширюються на всю територію держави і їм підконтрольні місцеві інститути.

7) за характером компетенції виділяють інститути держави із загальною компетенцією, які в межах своїх повноважень приймають рішення з будь-яких питань (уряд, парламент) та інститути зі спеціальною компетенцією (міністерства);

8) за термінами дії інститути держави можуть бути постійно діючими (уряд, глава держави) і тимчасовими (інститут надзвичайного стану). Так, відповідно до ст. 7 закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» надзвичайний стан в Україні може бути введено на строк не більше як 30 діб і не більше як 60 діб в окремих її місцевостях. У разі необхідності надзвичайний стан може бути продовжений Президентом України, але не більше ніж на 30 діб⁵⁵⁸.

Можливо запропонувати ще один значущий критерій класифікації інститутів держави — ступінь підконтрольності інститутів держави суспільству.

9) відповідно до цього критерію інститути можуть бути відкриті і закриті.

До відкритих належить більшість інститутів держави, до закритих — спецслужби. Хоча останнім часом у зв'язку з виявленням ряду фактів протиправної діяльності спецслужб у багатьох країнах і в Україні, зокрема, законами закріплена можливість контролю за діяльністю спецслужб.

Також як підстава для класифікації може бути використана концепція неоінституціоналістів, відповідно до якої під інститутом розуміються «правила гри в суспільстві або створені людиною обмежувальні рамки, які організовують взаємовідносини між людьми»⁵⁵⁹, що дає підставу поділяти інститути на:

10) формальні і неформальні. До формальних інститутів належать норми, встановлені чи санкціоновані публічною владою, що мають універсальний характер. Найяскравішим прикладом фор-

⁵⁵⁸ Про правовий режим надзвичайного стану: Закон України від 16.03.2000 № 1550-III//Відомості Верховної Ради України (ВВР).—2000.—№ 23.—ст.176.

⁵⁵⁹ Панов В. П. Трансформация политических институтов в России: кросс-темпоральный сравнительный анализ / В.П. Панов // Полис. — 2002. — № 6. — С. 58.

мальних інститутів є правові норми. До неформальних інститутів належать правила поведінки, які існують у формі звичаїв, традицій або угод; при цьому вони носять партикулярний характер і їх виконання контролюється тільки зацікавленими суб'єктами.

Неформальні правила дуже стійкі, але в той же час вони постійно коригуються залежно від ситуації. У більшості випадків виникнення неформальних інститутів тісно пов'язане з такими політичними явищами, як персоналізм, клієнталізм, корупція, картелі. Проте в деяких випадках неформальні інститути стають не прямим наслідком автократичного спадщини, а підсумком раціональних стратегій. У демократичних державах обидві форми інститутів доповнюють одна одну, формальні інститути спираються на додаткову підтримку неформальних⁵⁶⁰.

Деякі інститути політичної системи є одночасно інститутами громадянського суспільства та інститутами держави. Так, політичні партії, які набрали необхідну кількість голосів на виборах, формують фракції в парламенті і стають інститутами держави.

У сучасному світі також виникає своєрідний глобальний «ринок інститутів», який складається з декількох взаємопов'язаних сегментів. По-перше, на ринку відбувається «продаж» інститутів державними структурами корпораціям і приватним особам. По-друге, ринок інститутів включає пропозицію інститутів більш успішними країнами для «трансплантації» в держави менш успішні. У цьому випадку «стороню попиту» представляють не приватні структури, а держави⁵⁶¹. Наявність ринку інститутів породжує інституціональну конкуренцію між державами, яка перетворюється на силу, що змушує держави постійно вдосконалювати свою інституційну структуру.

Дослідження інституційної сфери набувають все більшої актуальності у зв'язку зі зміною місця і ролі держави в сучасному глобалізованому світі. Відповідно до прогнозів фахівців, най-

⁵⁶⁰ Гельман В. Я. Институциональное строительство и неформальные институты в современной российской политике / В. Я. Гельман // Полис. — 2003. — № 4. — С. 10.

⁵⁶¹ Либман А. М. Институциональная конкуренция и постсоветская трансформация (влияние неформальных институтов) / А. М. Либман // Общественные науки и современность. — 2006. — № 6. — С. 53.

ближчим часом, залишаючись головним учасником міжнародних відносин і головним інститутом політичної системи, держава змушена буде поступитися багатьма своїми позиціями, змінити свої інституції, а вплив недержавних інститутів в цілому призведе до зміни характеру здійснення державної влади. Ндержавні структури будуть все активніше конкурувати з державою, а державна влада буде змушена все частіше делегувати свої повноваження недержавним інституціям. Усі ці фактори вже сьогодні впливають на інституційні особливості сучасної держави. Особливо значущими є зміни місцевих інститутів держави⁵⁶².

Виходячи з основних підходів до визначення сутності інституту і інституціоналізації, можна відокремити наступні напрями інституціоналізації в державно-правовій сфері:

1) нормативний — формування стійких моделей поведінки суб'єктів, закріплення цих моделей в різноманітних джерелах;

2) організаційний — організаційне забезпечення ефективного функціонування встановлених моделей поведінки суб'єктів за допомогою створення різних соціальних структур, формування механізмів соціального контролю та зовнішніх атрибутів інститутів;

3) функціональний — формування мети і завдань, а на їх основі — напрямів діяльності інститутів. Функції інститутів, у першу чергу, полягають у консолідації суспільства та регулюванні взаємовідносин між суб'єктами;

4) суб'єктний — інститути формують систему статусно-рольової диференціації, поділу праці, що призводить до професіоналізації індивідів. Саме в інститутах поділ функцій і відносини взаємозалежності між індивідами стають відтворюваними, що зумовлює формування якісно нових вимог до суб'єктів, що формують інститут.

У сучасній інституціональній теорії зміни в політичній, економічній та правовій системах розглядаються в основному з точки зору еволюції інститутів, проте виразно простежуються тенденції перенесення акценту з вивчення інституційної еволюції на вивчення інституційних криз. Дослідники, зокрема, фіксують різні критичні моменти в розвитку інституційних моделей, аналізують при-

⁵⁶² Оборотов Ю. Н. Образы государства в глобализирующемся мире / Ю.Н. Оборотов // Закон и жизнь. — 2004. — № 8(153). — С. 6.

чини їх виникнення. Крім традиційних трактувань криз розвиваються підходи, які зосереджують увагу на системно-інституційних характеристиках і пояснюють кризи як стан руйнації і розпаду інституційної системи під впливом внутрішньосистемних і зовнішніх факторів.

Виходячи з причин їх виникнення, відокремлюють 3 види інституційних криз. Кризи можуть виникнути в результаті неформальної інституціоналізації, деінституціоналізації, а також внаслідок тривалих інституційних спотворень⁵⁶³.

Під неформальною інституціоналізацією традиційно розуміють витіснення формальних норм неформальними правилами. Можна виділити дві основні моделі взаємодії між формальними і неформальними правилами в інституційній системі. У разі домінування у політичній системі формальних правил процес прийняття політичних рішень регламентований. Самі політичні рішення при цьому можуть визрівати як в неформальних практиках, так і в формально-законодавчому порядку.

У ситуації домінування неформальних правил основними ознаками функціонування інститутів є прийняття рішень неформалізованими способами, що завдає шкоди розвитку формальних норм і правил, а також ослаблює адміністративний потенціал держави. Звідси беруть початок такі характерні для країн, що розвиваються, процеси, як «захоплення держави» економічними групами інтересів, передача повноважень центру регіонам, забезпечення порядку силами кримінальних структур та ін.

Під деінституціоналізацією теоретики неоінституціоналізму розуміють ліквідацію старих інституційних структур, яка супроводжується зниженням значущості відповідних цим структурам цінностей і символів і «перебудовою» ціннісно-символічної системи суспільства. У цілому деінституціоналізацію слід розглядати не як заміну одного або декількох інститутів іншими, а як більш масштабний процес руйнування інституційної системи суспільства. Деінституціоналізація змінюється періодом реінституціона-

⁵⁶³ Евдотьев М.Г. Политико-культурный и институциональный подходы к политическим изменениям: институциональные и политико-культурные кризисы / М.Г. Евдотьев // Вестник московского университета. 2006. № 5. — с. 93.

лізації, тобто відтворенням основних інституційних форм на нових принципах.

Процеси деінституціоналізації можна спостерігати насамперед у періоди революційних перетворень суспільства або в періоди підготовки до революції. Але в той же час деінституціоналізація може бути наслідком успішних реформ, проведених владною елітою.

Інституційними спотвореннями неоінституціоналісти називають такі інституційні форми, які не відповідають функціональній природі інститутів і спричиняють деструктивний вплив на інституційну систему. Інституційні спотворення проявляються в серйозних і довготривалих інституційних змінах, набутті інститутом невластивих йому функцій або форм. Масштаб спотворень при цьому може бути різним — від окремих недоліків у діяльності одного інституту до виникнення інститутів-«мутантів» і спотворень у різних блоках інституційної системи.

До прикладів інституційних спотворень можна віднести не зовсім вдалий розвиток запозичених інститутів західних демократій країнами СНД і України, зокрема. Так, інститут омбудсмена, що успішно розвивається в країнах Західної Європи, виявився вкрай неефективним у вітчизняній інституційній системі. Причиною інституційних спотворень в основному є конфлікт формальних і неформальних правил конкретного суспільства.

Наведені вище моделі інституційних криз взаємопов'язані. Наприклад, деінституціоналізація може виникнути в результаті інституційних спотворень або широкого поширення неформальної інституціоналізації. Отже, для адекватного відображення ходу змін в інституційній системі ці процеси повинні розглядатися дослідниками в сукупності і взаємозв'язку.

Представлений підхід до дослідження держави дозволяє поглибити знання про особливості їх організації, функціонування і розвитку в механізмі держави, більш детально розглянути структури і функції сучасної держави. Інституційний підхід забезпечує виявлення закономірностей функціонування державної влади та основні напрями її розвитку. Україні використання інституційного підходу при характеристиці держави дає можливість підвищити ефективність діяльності всіх гілок державної влади.

3.6. БІОГРАФІЧНИЙ МЕТОД У ЮРИДИЧНИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ

Сучасний етап розвитку вітчизняної юридичної науки зумовив удосконалення її концептуальних основ і наукової методологічної бази. У зв'язку з цим істотно посилився інтерес до історії юридичної науки взагалі та до наукового досвіду окремих вчених-юристів, зокрема. Тому наукові біографії набувають особливого значення для засвоєння досвіду юридичного минулого як внутрішнього чинника розвитку юриспруденції. У фокусі сучасної біографістики досліджуються біографії учених, діяльність яких відображає внутрішній зміст і розвиток історії науки в цілому. Наукова біографістика як спеціальний напрямок в історії науки дозволяє за допомогою методу детального аналізу творчого шляху вченого в соціокультурному контексті епохи вийти на більш високий рівень теоретичного узагальнення. Це необхідно для виявлення основних тенденцій в еволюції юриспруденції та співвідношення в ній об'єктивних і суб'єктивних чинників з метою відтворення більш детального правового та державного розвитку.

Джерелом біографічної інформації про вчених-юристів виступають енциклопедичні та довідкові видання. Вагомим внеском у розвиток вітчизняної юридичної науки і юридичної біографістики є десяти томне видання «Антологія української юридичної думки»⁵⁶⁴, в якій докладно описуються біографії видатних українських вчених-юристів XVIII–XX ст. Також чимало біографічної інформації міститься в довідниках «Юридична наука і освіта на Україні»⁵⁶⁵, «Вчені — юристи України»⁵⁶⁶.

Серед вітчизняних правознавців, до сфери наукових інтересів яких входять біографічні дослідження, є О. Ф. Скакун (її роботи присвячені ліберально-демократичним мислителям XIX — початку XX ст.), О. Л. Копиленко (дослідження політико-правових

⁵⁶⁴ Антологія української юридичної думки. В 10 т. / ред. кол.: Ю. С. Шемшученко, І. Б. Усенко, Н. М. Пархоменко. — К. : Юрид. книга, 2002–2005.

⁵⁶⁵ Юридична наука і освіта на Україні / Ю. С. Шемшученко, І. Б. Усенко, Б. М. Бабій, А. М. Серебряков [та ін.] / відп. ред. Ю. С. Шемшученко. — К. : Наукова думка, 1992. — 304 с.

⁵⁶⁶ Вчені-юристи України : довідник / за ред. В. Ф. Опришка [та ін.] — К. : Вид-во Інституту законодавства Верховної Ради України, 1998. — 608 с.

поглядів М. С. Грушевського), І. Б. Усенко (вивчення академічної юридичної науки в Україні в 20-30-ті рр. XX ст.) та ін.

Також біографічна інформація про вчених-юристів міститься в дисертаціях, їм присвячуються наукові конференції.

Становлення і розвиток біографічного методу яскраво демонструє характерну для сучасного гуманітарного знання міждисциплінарність. Біографія як форма наукового дослідження і як її предмет зустрічаються в історії, філософії, соціології, юриспруденції, історії науки, психології, мистецтвознавстві та інших гуманітарних науках. Кожна з даних дисциплін намагається по-своєму відповісти на питання, що стосуються обставин і сутності буття, і **неминуче торкається проблем індивідуального життя. Таким чином, біографічний метод розриває вузькі рамки окремих гуманітарних дисциплін, тим самим вбирає в себе і синтезує їх специфічні методики та прийоми.**

Біографічний метод пов'язують, насамперед, з історією. Біографічні описи **як форма подання історичного матеріалу виникли** в давнину. «Порівняльні життєписи» видатних греків і римлян, створені давньогрецьким істориком і письменником Плутархом, досі вражають глибиною проникнення у світ людини та епохи, в якій вона жила⁵⁶⁷.

На території України історико-біографічна традиція зародилася в XI ст. і пов'язана з ім'ям Нестора Літописця, який є автором історичних портретів давньоруських князів в «Повісті временних літ». Ця традиція отримала подальший розвиток у вітчизняній історичній науці, особливо в XIX-XX ст. «Історія України в життєписах визначних її діячів» **М. І. Костомарова є значним внеском** в розробку даного наукового напрямку. Також **напрацьовувався певний досвід** в галузі історико-біографічних та історико-генеалогічних досліджень (В. Л. Модзалевський, В. Б. Антонович, О. М. Лазаревський).

З 70-х рр. XX ст. на хвилі відродження інтересу до біографічного методу його рамки значно розширилися. Сьогодні він використовується там, де дослідника цікавить суб'єктивний досвід переживання соціально-історичних процесів (війни, революції,

⁵⁶⁷ Смоленский Н. И. Теория и методология истории : учебник / Н. И. Смоленский — М. : Академия, 2012. — С. 266.

кризи, міграції) і певних фаз людського життя. Біографії людей можуть бути також використані для **реконструкції історії становлення** та розвитку окремих соціальних інститутів і організацій, нових напрямків у науці.

На сучасному етапі відбувається інституціоналізація біографічних досліджень. Створено спеціальні біографічні центри, фонди та архіви особистих документів. В Україні головним центром біографічних досліджень став створений у 1993 р. у структурі Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського НАН України спочатку Відділ (як підрозділ Інституту НБУВ), а з 1994 р. — Інститут біографічних досліджень. Вагомим внеском у теоретичні розробки біографістики є дослідження засновника і першого директора **Інституту біографічних досліджень В. С. Чишко**. У 1996 р. у Києві вийшла його монографія, де вперше в українській історіографії об'єктом дослідження стала біографія як історико-культурне явище в історії і біографістика як окрема спеціальна історична дисципліна, її історія та методологія⁵⁶⁸.

Біографічний метод як концептуальний підхід до вивчення особистості, заснований на уявленні про те, що особистість є «продуктом» власної біографії чи історії свого життя. Його можна стисло викласти у формулі **«особистість — це життєвий шлях людини»**. У цій якості біографічний метод являє собою щось значно більше, ніж інструмент для вивчення окремих функцій або властивостей особистості. У ньому втілений специфічний принцип аналізу особистості — через історію її розвитку та становлення.

У наукознавстві також досить часто звертаються до біографії вченого. Творча індивідуальність ученого заслуговує спеціального вивчення. Форми її прояву різні: становлення світогляду, вибір проблем для дослідження, індивідуальний стиль викладення своїх відкриттів тощо. У цих та інших феноменах виявляється нерозривний зв'язок особистої долі і наукової творчості, цілісність особистості вченого.

Біографічний метод набув розповсюдження багато в чому завдяки ідеям та дослідженням М. Ярошевського. У колективній монографії «Людина науки» спеціально розглядаються питання

⁵⁶⁸ Чишко В. С. Біографічна традиція і наукова біографія в історії та сучасності України / В. С. Чишко — К. : БМТ, 1996. — С. 239.

створення біографій учених як важливого розділу наукознавства та історії науки⁵⁶⁹.

Особливість біографічного методу — це його спрямованість на відтворення історичної, розгорнутої в часі перспективи подій. Він відкриває додаткові можливості для перегляду «офіційних» версій історії, написаних з позицій пануючих класів і груп, і зіставлення цих версій з заснованим на повсякденному досвіді знанням соціального життя. Біографічний метод заснований на вивченні особистості в контексті історії та перспектив розвитку її індивідуального буття. Біографічне дослідження особистості, її життєвого шляху та творчості є специфічний вид історичного дослідження в юридичній сфері.

Біографічний метод привертає все більшу увагу дослідників і в юридичній науці. Це пов'язано з відходом юриспруденції від об'єктивістської позитивістської парадигми і зростанням інтересу до індивідуальності в руслі юридичної антропології. У зв'язку з цим до орбіти методології юридичної науки входить набір нових підходів, принципів і методів, розроблених у рамках методології інших наук. Їх залучення вимагає свого роду адаптації у зв'язку з предметом і методологією юридичної науки. Для юриспруденції досить важливо перейняти напрацювання біографічного методу, розроблені в історії, історії науки, соціології, психології і таким чином забезпечити юридизацію цього методу.

До наукового обігу термін «юридизація» щодо методології правових досліджень ввів В. Нерсисянц. Він вважав, що освоєння методів і результатів інших наук було і залишається важливим напрямком та істотним джерелом розвитку як загальної теорії держави і права, так і юридичної науки в цілому. Однією з форм такого юридично-теоретичного освоєння значущих для юриспруденції досягнень інших наук є юридизації методів інших наук. Юридизація при цьому означає **юридико-понятійну трансформацію неюридичних методів їх перетворення і включення в новий пізнавально-смысловий контекст предмета і метода юридичної науки**⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Ярошевский М. Г. Биография ученого как науковедческая проблема / М. Г. Ярошевский // Человек науки : науч. сб. / под ред. М. Г. Ярошевского. — М. : Наука, 1974. — С. 19-57.

⁵⁷⁰ Проблемы общей теории права и государства : учебник / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. — М. : Норма, 2004. — С. 23.

Таких же поглядів дотримувався і О. Сурилов, при цьому вказуючи на те, що методологічне збагачення науки — найважливіший показник її прогресу. У зв'язку з розвитком юридичної науки нарощується її пізнавальний потенціал, розширюється діапазон нових методів, більш досконаліми стають традиційні методи ⁵⁷¹.

Біографічний метод в юриспруденції використовується в кримінології, криміналістиці, юридичній психології. Також біографічне вивчення особистості поширене в кадровій, управлінській роботі. Питання кадрової роботи завжди базуються на основі біографічних даних про особу працівників, їх минулу кар'єру, історію трудової діяльності та навчання.

В юридичній науці постійну увагу біографічним аспектам приділяють при вивченні історії вчень про державу і право. Правові ідеї, наукові розробки — все це неможливо достовірно досліджувати, не звернувшись до особистості творця і носія цих ідей, положень, не розглянувши її духовного світу, життєвого шляху, умов, в яких вона жила і працювала. Дослідження біографічних деталей дає можливість побачити причини та процес формування тих чи інших поглядів. Юридична наука, як і сучасне наукознавство, цікавиться творчою індивідуальністю вченого і так званим особистісним знанням.

Роботи в галузі юридичної біографістики дозволяють «олгоднити» багатомісячну історію вітчизняної держави і права, забезпечити приріст знань щодо становлення та розвитку різних галузей юридичної науки і практики, сприяють виявленню нових імен учених, внесок яких у вітчизняну та світову юриспруденцію з тих чи інших причин не був гідно оцінений. Уведення до наукового обігу нової інформації про юристів минулого і сучасності відкриває багатогранність української юридичної науки, дозволяє уникнути випадковостей і фрагментарності в її оцінці. Одночасно біографічний жанр, як ніякий інший може сприяти захисту національних пріоритетів у розвитку юридичної науки, зрештою, зробити свій внесок у формування історичної пам'яті та національної гордості народу ⁵⁷².

⁵⁷¹ Сурилов А. В. Теория государства и права : учеб. пособ. / А. В. Сурилов. — К.; Одесса : Вища шк., 1989. — С. 60.

⁵⁷² Усенко І. Б. Юридична біографістика: проблеми становлення нового напрямку наукових досліджень / І. Б. Усенко // Юридична біографістика: історія, сучасність та перспективи : матеріали VIII Міжнародної конференції істориків права (м. Феодосія, 15-18 верес. 2002 р.). — Феодосія, 2002. — С. 13.

Тому інтерес правознавців до біографічного жанру слід вважати цілком виправданою тенденцією сучасного розвитку української юридичної науки. У сучасній юриспруденції біографічний метод знаходить широке застосування, оскільки дозволяє вивчити і простежити динаміку життєвого шляху як юристів-професіоналів, державних діячів, так і видатних учених-юристів і мислителів.

Треба відзначити, що на сучасному етапі немає чіткого і однозначного визначення біографічного методу. Кожна дисципліна дає своє визначення, оскільки у кожної свій предмет дослідження. Життєвий шлях виступає як предмет або частіше — об'єкт біографічного дослідження. У першому випадку дослідників цікавлять закономірності розвитку особистості на життєвому шляху і цілісний життєвий шлях як форма соціально-історичного існування особистості в історичному часі. У другому випадку біографічні дані використовуються для виявлення самих різних більш спеціальних закономірностей, що стосуються особливостей таланту, характеру, вікових фаз, малих і великих груп (у тому числі етнічних, маргінальних, злочинних), особистості вченого, політика, державного діяча і т.д.

Для становлення юридичної біографістики важливо враховувати рекомендації, запропоновані вченими-біографами. Отже, при використанні біографічного методу наслідують різні правила, що сприяють збору більш великої і панорамної інформації. По-перше, «історія життя» однієї людини зіставляється з історією суспільства, в якому індивід живе. По-друге, звертаючись до біографії конкретної особистості, намагаються охопити її в цілому, тобто прагнуть показати певну динаміку як зовнішньої, так і внутрішнього життя людини. По-третє, намагаються осмислити поведінку людини в тих чи інших ситуаціях, розкриваючи мотивацію її поведінки і аналізуючи її світоглядні позиції і т.ін.

До матеріалів біографічного методу відносяться будь-які записи або документи. Такі матеріали можуть варіювати від листів до автобіографій, від газетних повідомлень до протоколів судових засідань. Саме джерело відомостей, у першу чергу, визначає специфіку застосовуваного біографічного методу. Так, інформацію, що йде від самого об'єкта вивчення, отримують за допомогою автобіографічних методик у вигляді спонтанних або спровокованих автобіографій (у тому числі у формі спогадів і мемуарів), опиту-

вальників, інтерв'ю, тестування, бесіди. Особисті документи надають вихідний матеріал, вони особливо цінні на першому етапі дослідження. Далі особисті документи дозволяють поглибити знання про соціальні явища за рахунок освітлення суб'єктивної сторони. Також техніка особистих документів розробляється з метою проникнення в творчу лабораторію вченого. Відтворення картини творчого процесу спирається на такі документи, як листи, щоденники, записні книжки, спогади оточуючих.

Досить важливими є рекомендації щодо досліджень наукової спадщини вчених. У біографії вченого повинен бути відображений широкий спектр його інтелектуальних і духовних інтересів, розвиток наукових комунікацій, взаємини з колегами, наукове життя його школи, місце в історії науки.

Важливе завдання в біографії вченого полягає в розкритті всіх граней наукової творчості та шляху, який привів його до постановки нової проблеми, до вибору методів її рішення і до нового знання, яке в результаті отримано.

Одне з головних завдань біографії вченого — розкрити його справжній внесок у науку. Слід показати значення досягнень вченого для того періоду, в якому він працював. Важливо простежити долю його наукової спадщини в подальшій історії науки, оцінити перспективність ідей, розробок, вагомих рішень.

Для всебічної характеристики місця та ролі вченого в процесі розвитку науки не можна обійти його науково-організаційну діяльність. Що ж стосується наукових лідерів, засновників наукових шкіл або напрямків, то це просто необхідно.

У сучасних умовах серед учених-юристів зростає інтерес до біографічного методу, розвиваються його теорія і техніка, підвищується рівень його науковості. Досвід юристів-біографів переконливо довів наукову спроможність та унікальну цінність біографічного методу для юридичної науки. Тому сьогодні можемо говорити про юридизацію біографічного методу. При вивченні правової спадщини одне з головних завдань при складанні біографії вченого-юриста — розкрити справжній його внесок у юриспруденцію, показати значення досягнень вченого для того періоду, в якому він працював, простежити долю його наукової спадщини в подальшій історії юридичної науки, оцінити перспективність його ідей і розробок.

3.7.ІНФОРМАЦІЙНА ФУНКЦІЯ ПРАВА ЯК ЮРИДИЧНА ФУНКЦІЯ

Для сучасної юридичної теорії і практики питання стосовно функцій права, їх цілісності і тенденції розвитку є необхідною умовою розвитку правового життя України. Функції права забезпечують політичну, соціальну, економічну сфери суспільства, шляхом регулювання та координації відповідних відносин, забезпечують правовий порядок та правову культуру особистості та суспільства, стверджують права і свободи людини та громадянина. Склад та специфіка функцій права не може залишатися незмінною, оскільки в процесі змін у соціальному житті відбуваються зміни в рольовому призначенні права. Широкий спектр напрямків правового впливу на свідомість та волю людей, на їх поведінку обумовлює наявність у права різноманітних функцій, які перебувають в постійному русі, розвитку, їх номенклатура не є сталою. Функції права не тільки змінюються, але і відбувається формування нових функцій. Функції права покликані закріпити і забезпечити існування держави, урегулювати правом відповідні відносини, забезпечити досягнення поставлених цілей, установити правовий порядок у конкретній сфері діяльності, сформувати правову свідомість, правове життя суспільства, захистити права і законні інтереси фізичних і юридичних осіб.

Інтенсивність і динамічність розвитку суспільства в умовах глобалізації тягне за собою накопичення величезного інтелектуально-інформаційного ресурсу, що, у свою чергу, служить основою для зміцнення позицій інформаційного суспільства та посилення інформаційної функції права.

Взагалі, сьогодні ми можемо говорити про те, що прийнята класифікація функцій права на загальносоціальні та спеціально юридичні втрачає свій сенс. Можна констатувати той факт, що на сьогоднішній день у зв'язку зі змінами відносин між правом та державою такі функції права як виховна, економічна і в тому числі інформаційна є також юридичними функціями права.

У зарубіжній та вітчизняній юриспруденції проблематиці функцій права було приділено чимало уваги в працях А. В. Малька, С. С. Алексеєва, О. Ф. Скакун, В. С. Ковальського, П. И. Рабіновича, Т. М. Радька та багатьох інших.

Але серед праць дослідників, присвячених проблематиці функцій права, відсутні розробки стосовно інформаційної функції права, які пов'язані зі зростанням ролі інформації у сучасному суспільстві, зміненням її значущості у системі функцій права, дослідженням її як юридичної функції.

В юридичній літературі існують різні уявлення про роль і місце інформаційної функції права в системі функцій права. Багато дослідників відносять інформаційну функцію до загальносоціальних функцій права, які виділяються відносно до сфер суспільного життя, на які спрямовано правовий вплив. У той же час, по-різному трактується місце і роль інформаційної функції права в системі власне юридичних функцій. Більшість учених сходяться на тому, що право служить інформаційним забезпеченням суспільства, є джерелом інформації.

Так, О. Ф. Скакун класифікує функції права на загальносоціальні та юридичні, де інформаційна функція права віднесена до загальносоціальних функцій права⁵⁷³.

Т. М. Радько висловлює думку, згідно якої інформаційна функція права повинна відігравати лише допоміжну роль і належить до неосновних соціальних функцій права⁵⁷⁴.

У В. Н. Синюкова — це інформаційно-орієнтована функція права, яка є потужним джерелом моральної орієнтації суб'єктів у суспільстві, незмінно формує соціально корисну, позитивну спрямованість правомірної поведінки суб'єктів⁵⁷⁵.

Однак, на сучасному житті України позначається зростаюча потреба громадян в достовірної, актуальної інформації, збільшується необхідність правової інформованості суспільства в цілому, яка виступає передумовою для становлення та розвитку інформаційного суспільства та правової держави, тому інформаційна функція права набуває все більшого значення.

Право вбирає в себе, а згодом видає достатньо велику кількість інформації про різні явища суспільного життя, воно висту-

⁵⁷³ Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): Учебник / О.Ф. Скакун. — Харьков: Эспада, 2005. — С. 262.

⁵⁷⁴ Общая теория государства и права : Академический курс в 2-х томах. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т.2 : Теория права. — М. : Зерцало, 1998. — С. 53.

⁵⁷⁵ Теория государства и права : курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — Саратов : СВШ МВД РФ, 1995. — С. 134.

пає в якості системи, що транслює інформацію. У ньому міститься величезна кількість історичних і життєвих відомостей, правових і політичних оцінок, правових рекомендацій, дозволів, заборон. Громадяни, знайомлячись з правовими актами, отримують інформацію про органи державної влади, про результати правомірної поведінки і наслідки протиправної поведінки.

Сьогодення характеризується стрімкою інформатизацією суспільства, глобальним розвитком інформаційних технологій, комп'ютеризації, ствердженням інформаційної влади, формуванням інформаційних інститутів, формуванням сфери інформаційного права. Той інформаційний вибух, який відбувається в українському суспільстві і державі в цілому, не може не відобразитися і на правовій сфері. Крім того, сьогодні змінюються відносини права і держави, тобто право все більше звільняється від залежності від державної влади, яка використовувалася протягом багатьох століть. Зростаюча потреба громадян в інформації, у тому числі необхідність правової інформованості, лише актуалізує розгляд інформаційної функції права. Сьогодні як ніколи необхідно не тільки регулювання суспільних відносин, а й поширення і фіксація інформації для здійснення життєдіяльності людини.

Можна констатувати той факт, що у розвитку сучасного українського права абсолютно виразно розгортається такий напрямок впливу права на життя людини, який виражається в розвитку інформаційної функції права. Спираючись на ці процеси, інформаційна функція права виходить на новий рівень свого розвитку та виконує нову роль у системі функцій права.

Розгляд та нове бачення інформаційної функції права дозволяє глибше осмислити проблематику правової культури, правової інформованості населення, визначити роль права як джерела інформації.

Інформаційна функція права звернена до свідомості людей і виступає як найважливіший шлях руху соціальної інформації, який використовується для передачі необхідних відомостей усім суб'єктам права.

Інформаційна функція права формує знання індивіда — це процес постійний. Після отримання адресатом інформації, яка містить у собі передумови до правомірної поведінки або ж інфор-

мацію про правову дійсність у цілому, процес формування знань суб'єкта правовідносин переходить на інший ціннісний рівень, тобто потреба в інформації зростає пропорційно зростанню правової культури.

Взагалі, можна говорити про те, що **інформаційна функція права** в умовах тотальної інформатизації суспільних процесів набуває нового, пріоритетного значення і отримує перспективу збагачення новим інструментарієм для здійснення правового інформування громадян, попередження та профілактики правопорушень⁵⁷⁶.

Інформаційна функція права впливає на відносини, що виникають при обміні правовою інформацією. Її реалізація пов'язана з усіма елементами механізму дії права. Формування правової інформованості особистості і трансформація правової інформації в правові знання виступає основною метою інформаційної функції права. У цьому контексті інформаційна функція права виконує визначальну роль у механізмі дії права, оскільки досягнення належної правової інформованості — шлях до забезпечення реалізації всіх функцій права.

У теорії функцій права достатньо уваги інформаційній функції права було приділено в дисертаційних роботах А. В. Червяковського «Інформаційна функція права та діяльність органів внутрішніх справ щодо її реалізації» (2002) і С. В. Бутузова «Інформаційна функція права» (2004), якими було закладано перші передумови вивчення місця, ролі та реалізації інформаційної функції права в системі функцій права.

У дисертаційному дослідженні А. В. Червяковського запропоновано авторське розуміння інформаційної функції права, проаналізовано її зміст, особливості реалізації. Автор окремо виділив органи внутрішніх справ як суб'єкт реалізації інформаційної функції права. На його думку, саме вони є споживачем і джерелом інформації. Від ефективності діяльності органів внутрішніх справ щодо реалізації інформаційної функції права залежить не тільки рівень юридичної підготовленості, професіоналізму співробітників органів внутрішніх справ, а й стан законності, рівень довіри населення до правоохоронних органів і влади в цілому. Органи внутрішніх

⁵⁷⁶ Корж Є.М. Реалізація інформаційної функції права в діяльності органів внутрішніх справ / Корж Є.М. дис... канд.. юрид. наук. — Запоріжжя 2010. — С. 5.

справ у процесі своєї діяльності роз'яснюють населенню інформацію, що міститься в законах та інших правових актах⁵⁷⁷. С. В. Бутузов у дисертаційному дослідженні більше уваги акцентував на механізмі реалізації інформаційної функції права, розглядаючи підходи до розуміння її соціально-юридичної природи, визначив місце інформаційної функції серед основних напрямків правового впливу⁵⁷⁸.

А. В. Червяковський виділяє як необхідний базовий елемент правової культури правову інформованість, а С. В. Бутузов справедливо пов'язує реалізацію інформаційної функції права з доведенням до відома зацікавлених осіб необхідної правової інформації.

Визначено, що основним компонентом інформаційної функції права є правова інформація. І.В. Арістова у своєму дослідженні «Державна інформаційна політика та її реалізація в діяльності органів внутрішніх справ України: організаційно-правові основи» (2002) ґрунтовно розкриває дане поняття. Автор під правовою інформацією розуміє тексти та інші матеріали, що включають відомості про законодавство, право і правозастосовну практику, а також інші дані, які необхідні для дотримання, виконання, використання та застосування права⁵⁷⁹.

Таким чином, правову інформацію становлять відомості юридичного характеру. На думку С. В. Бутузова, серед інформаційних засобів правового регулювання визначальну роль відіграють юридичні документи як матеріальні носії правової інформації. Сюди слід віднести нормативні правові акти, інтерпретаційні правові акти, акти застосування права, документи, фіксуючі юридичні факти і т.ін. Також як інформаційні засоби необхідно розглядати засоби масової інформації, в яких публікується правова інформація. Доведення необхідної правової інформації до відомостей зацікав-

⁵⁷⁷ Червяковский А. В. Информационная функция права и деятельность органов внутренних дел по ее реализации / А. В. Червяковский. — Автореф. дисс.. канд. юрид. наук — М., 2002. — С. 21.

⁵⁷⁸ Бутузов С. В. Информационная функция права / С. В. Бутузов. — Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2004. — С. 24.

⁵⁷⁹ Аристова И. В. Державна інформаційна політика та її реалізація в діяльності органів внутрішніх справ України: організаційно-правові засади / Аристова И. В. — Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. — Х., 2002. — С. 30.

лених осіб є необхідною стадією і правотворчого, і правозастосовного процесу. Як носії правової інформації можуть розглядатися наукові джерела (монографії, навчальна література, наукові статті та тези виступів на наукових конференціях), художня та публіцистична література, різні інформаційні системи і т.ін. Нарешті, носієм правової інформації є сам інтерпретатор правових текстів як суб'єкт, що володіє спеціальними знаннями у правовій сфері⁵⁸⁰.

Слід зауважити, що взагалі функція права відображає роль, яку відіграє право або певний правовий інститут в соціальному житті, а також конкретні напрямки правового впливу на поведінку суб'єктів права⁵⁸¹. Тому інформаційна функція права відображає роль права як носія і джерела інформації в цілому, в тому числі, правової інформації

Не випадково в юридичній літературі зазначається, що функції права відображають сутнісні властивості права, особливо коли мова йде про регулятивну, охоронну, інформаційну, виховну функції права. Ці властивості пов'язані з активним соціальним призначенням права, тому вони впливають із потреб суспільного розвитку, відповідно до яких створюються, закріплюється баланс впливу права на державу, суспільство в цілому та на кожну окрему людину⁵⁸². І дійсно, напрямок впливу — найістотніший компонент функції права, він є свого роду відповіддю на потреби суспільного розвитку, результатом здійснення правової політики.

У першу черг, інформаційний вплив права пов'язаний з різноманітним отриманою нормативною інформацією. Право має інформаційну змістовність, визначає і впорядковує поведінку суб'єктів правовідносин. Норми права — це інформація в чистому вигляді, комплекс знань, який визначає і орієнтує в правових явищах і процесах.

Інформаційна функція права як напрямок правового впливу забезпечує:

⁵⁸⁰ Бутузов С. В. Информационная функция права / С. В. Бутузов. — Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2004. — С. 24.

⁵⁸¹ Юридическая энциклопедия / Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров ; пер. О. М. Оглоблина ; под общ. ред. М. Ю. Тихомирова. — 5-е изд., доп. и перераб. — М. : Изд-во Тихомирова М.Ю., 2007. — С. 916.

⁵⁸² Ковальский В.С. Функции права: понятия, джерела, динамика. // Теорія і практика інтелектуальної власності / Науково-практичний журнал. 2(46) 2009, — С. 4-5.

а) правове інформування суб'єктів права і формування соціально-корисної спрямованості їхньої поведінки;

б) підтримку цілісності і нормального функціонування правової системи;

в) регулювання відносин, пов'язаних з перерозподілом і збереженням інформаційних ресурсів⁵⁸³.

За допомогою інформаційної функції права забезпечується доведення до відома адресатів інформації, необхідної для ефективного правового регулювання; відбувається ознайомлення суб'єктів правовідносин з позитивними результатами правомірної і негативними наслідками протиправної поведінки; відбувається формування правової свідомості та правової культури індивіда та суспільства.

Інформаційна функція права забезпечує цілеспрямоване поширення правової інформації, яка в кінцевому результаті впливає на всі елементи соціуму і держави. Інформаційний вплив права тісно пов'язаний з психологічним, бо право як знакова система здатне регулювати поведінку тільки тоді, коли адресована інформація, сприйнята і засвоєна особистістю, трансформувалася в мотив її поведінки. Правова ж мотивація може бути як позитивною, яка виступає як правове стимулювання, так і негативною, пов'язаною з правовими обмеженнями.

Право містить у собі і несе до свідомості людей певну інформацію — в цьому суть інформаційного впливу права на соціальне життя. Інформаційний (інформаційно-психологічний, мотиваційний) аспект характеризується впливом управлінської правової інформації на мотиви суб'єктів. Тут виділяються два основних юридичних засоби — правові стимули і правові обмеження, які синтезують у собі інформаційні та психологічні аспекти, виражені в даному процесі⁵⁸⁴.

На даний час інформаційна функція права виступає як найважливіша складова реалізації права, вона визначає перспективи правової поведінки, оскільки інформація є тим орієнтиром, який указує суб'єкту суспільних відносин необхідний варіант поведінки.

⁵⁸³ Бутузов С. В. Информационная функция права / С. В. Бутузов. — Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2004. — С. 24.

⁵⁸⁴ Доржиев Ж.Б.. Теория государства и права. Учебно-методическое пособие. — Улан-Удэ: Изд-во ВСГТУ, 2005. — С. 345.

Право як інструмент вирішення складних завдань у різних сферах тісно пов'язано з правовою інформацією та підвищенням ролі інформаційної функції права. Інформаційна функція права пов'язана з формуванням такої правової ідеології, яка відповідає правовому менталітету народу, що дозволяє ефективно здійснювати правове регулювання. Можна стверджувати, що формування образу права і правової інформованості людини становить призначення інформаційної функції права. Адже інформаційна функція права забезпечує правове інформування суб'єктів права і формування соціально-корисної, позитивної спрямованості їхньої поведінки, підтримку цілісності і нормального функціонування правової системи, регулювання відносин, пов'язаних з перерозподілом і збереженням інформаційних ресурсів⁵⁸⁵.

Інформаційна функція права відображає правову дійсність і дає можливість вийти до впорядкування поведінки людей. Без джерел інформації і знань, які вони несуть, був би втрачений сенс права, адже ніхто не знав би про існування заборон і моделі можливої поведінки.

Інформаційна функція права є тією юридичною функцією, яка здатна відобразити правову дійсність, і забезпечує впорядкування суспільних відносин в умовах визволення права від державної влади та використання інформаційної влади.

У юридичній літературі виділяють три напрямки використання інформації в інформаційній функції права. Перший напрямок пов'язаний зі сприйняттям і переробкою правом соціальної інформації для реалізації мети правового інформування (акумуляюча сторона функції). Право в суспільстві виступає не тільки як регулятор суспільних відносин, але і як спосіб зберігання, накопичення та переробки соціальної інформації. Другий напрямок передбачає досягнення цілей сприйняття правової інформації, і в цьому контексті право — це спосіб пізнання дійсності, тому що право фіксує соціальну інформацію, при цьому використовує певні прийоми і правила (пізнавальна сторона функції). Третій напрям передбачає встановлення зворотнього інформаційно-правового зв'язку, коли право виступає як засіб спілкування на основі накопиченої соці-

⁵⁸⁵ Бутузов С. В. Информационная функция права / С. В. Бутузов. — Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2004. — С. 24.

альної інформації (комунікативний бік функції)⁵⁸⁶. Виражається він у різних формах і засобах обміну і передачі правової інформації, завдяки чому стають можливим збагачення досвіду, накопичення правових знань, оволодіння певною діяльністю, узгодження дій та взаєморозуміння людей в цілому. Цей процес виявляє себе у всіх сферах суспільних відносин і забезпечується шляхом комунікації, в рамках якої діє інформаційна функція права — спілкування. Право тут виступає як один із засобів комунікації.

Таким чином, соціальна інформація в праві спочатку накопичується, потім переробляється і зберігається для подальшої видачі споживачеві.

Інформаційна функція права реалізується за всіма трьома напрямками. Її можна охарактеризувати як основну юридичну функцію права, найважливішою метою якої є правомірна поведінка, яка заснована на сформованому образі права і певної правової інформованості.

Для визначення дієвості інформаційної функції права необхідно розглянути механізм її реалізації як сукупність елементів, за допомогою яких забезпечується ефективність інформаційної функції права.

Механізм реалізації інформаційної функції права включає систему суб'єктів і об'єктів правового інформування. Первинними елементами цього механізму повинні виступати норми права, які створюються і доводяться до відома об'єктів правового інформування. Також правове інформування включає і тлумачення відповідних норм права, визначення способів їх реалізації, роз'яснення соціального призначення норм. Отже, механізм реалізації інформаційної функції права повинен включати правову інформацію. Механізм реалізації інформаційної функції права визначають як систему правової інформації, суб'єктів, об'єктів і юридичних засобів правового інформування і підтримку цілісності правової системи, які пов'язані між собою різними взаємодіями для досягнення мети правового регулювання⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Червяковский А. В. Информационная функция права и деятельность органов внутренних дел по ее реализации / А. В. Червяковский. — Автореф. дисс. канд. юрид. наук — М., 2002. — С. 21.

⁵⁸⁷ Корж С. М. Механізм реалізації інформаційної функції права у діяльності органів внутрішніх справ України // Держава і право: збірник наукових праць.

Відзначимо, що для ефективної реалізації інформаційної функції права необхідна єдність усіх елементів, за допомогою яких забезпечується ефективна реалізація інформаційної функції права і які становлять механізм реалізації інформаційної функції права. Механізм реалізації інформаційної функції права включає суб'єктів, які сприяють здійсненню цієї функції права, форми реалізації інформаційної функції права (пряма і опосередкована), юридичну основу реалізації цієї функції права (закріплення шляхів реалізації функції права в нормативних актах) і таку її складову, як право індивіда на доступ до правової інформації.

Реалізація інформаційної функції українського права починає здійснюватися в процесі правотворчості (законотворчості), коли відбуваються дії, спрямовані на підготовку, прийняття та опублікування нормативно-правового акту. Реалізація інформаційної функції права, з одного боку, це — процес, спрямований на вдосконалення законодавства, його впорядкування з метою можливості доведення його до відома громадян. З іншого боку, це забезпечення доступності отримання правової інформації, що включає закріплення в законодавстві права на правову інформацію, і забезпечення можливості реалізації цього права⁵⁸⁸.

Важливою особливістю інформаційної функції права є те, що від неї залежить реалізація інших функцій права, чим забезпечується досягнення завдань, що стоять перед правом. Так, можна стверджувати, що інформаційна функція права посідає ключову позицію серед інших функцій права.

Регулятивна, охоронна та виховна функції права не можуть здійснюватись без попереднього правового інформування громадян про зміст правових норм. Також це стосується й інших функцій права, які реалізуються за допомогою механізму правового інформування. Тобто будь який вплив права на свідомість та поведінку особи та суспільства в цілому здійснюється через різ-

Юридичні і політичні науки. Випуск 39. — К.: Ін — т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2008. — С. 760.

⁵⁸⁸ Червяковский А. В. Информационная функция права и деятельность органов внутренних дел по ее реализации / А. В. Червяковский. — Автореф. дисс.. канд. юрид. наук — М., 2002. — С. 21.

ні інформаційні канали — засоби масової інформації: офіційні друковані видання, телебачення, Інтернет та ін.⁵⁸⁹.

Інформаційна функція права як юридична функція діє без обмеження часових рамок і реалізується через інформаційно-орієнтаційний вплив на свідомість і волю людей, їх поведінку; вона пов'язана з досягненням належної правової інформованості як шляху забезпечення реалізації всіх функцій права.

Слід зазначити, що сьогоdnішній етап розвитку інформаційного суспільства неможливо забезпечити в рамках адміністративного, цивільного права у зв'язку з глобальним інформаційним розвитком електронної торгівлі, модернізації виробничих процесів, без яких неможливо уявити існування і подальший розвиток людства⁵⁹⁰.

Так, неможливо не відзначити, що становлення та розвиток такої галузі права, як інформаційне право дозволяє нам бачити посилення ролі інформаційної функції права у сучасному суспільстві. Інформаційне право як галузь і як сукупність специфічних норм, безпосередньо пов'язана з існуванням інформаційної функції права. Однак інформаційна функція права простежується не тільки в рамках інформаційного права, вона також пов'язана з фундаментальною галуззю права, а саме конституційним правом, і такими профілюючими галузями права, як цивільне, право, кримінальне право, адміністративне право, і проявляється в таких основних галузях, як господарське, фінансове, земельне, у багатьох комплексних галузях права: податковому, митному, банківському тощо. Так, інформаційна функція українського права діє по всіх галузях права.

Оскільки сучасне суспільство не може функціонувати без здійснення інформаційного обміну, рушійною силою стає саме посилення ролі інформаційної функції права і виділення спеціальної сфери правового регулювання в системі права, що входить до складу комплексної галузі інформаційного права.

⁵⁸⁹ Корж Є.М. Реалізація інформаційної функції права в діяльності органів внутрішніх справ / Корж Є.М. дис... канд. юрид. наук. — Запоріжжя 2010. — С. 197.

⁵⁹⁰ Панова І.В. Парадигма сучасного інформаційного права України // Інформація і право: науковий журнал.- К.: «Науково — дослідницький центр правової інформатики Національної академії правових наук».- 3(12).- 2014. — С. 32.

Так, з урахуванням специфіки та особливостей впливу на суспільні відносини, на поведінку людей, можна сформулювати поняття інформаційної функції права. Це одна з юридичних функцій, яка діє постійно, без обмеження часових рамок, реалізує себе через інформаційно-орієнтаційний вплив на свідомість та волю людей, на їх поведінку, забезпечуючи при цьому регулятивну, охоронну, виховну дію права.

3.8. КОНТРОЛЬНА ВЛАДА ТА ЇЇ ІНСТИТУТИ

Однією з визначальних рис розвитку сучасної юриспруденції є фрагментація її категорійного апарату, що виражається в утворенні низки відносно відокремлених один від одного наборів термінів, понять та категорій, що використовуються для теоретичної характеристики правової реальності. Особливо відчутним це стає в державознавстві як специфічній сфері загальнотеоретичної юриспруденції. Помітно, що в юридичній літературі усе частіше з'являються публікації, в яких державознавство розглядається під кутом зору можливостей використання у ньому специфічної методології, але при цьому констатується, що, порівняно з правознавством, система категорій, властивих теорії держави, є набагато менш розвинутою⁵⁹¹. Ідеться тут не лише про те, що у більшості випадків теоретичні узагальнення, що використовуються в державознавстві, мають емпіричне походження, а тому часто є штучними та такими, що не завжди підлягають широкому використанню⁵⁹², але й про те, що з точки зору логіки змістовного наповнення категорій

⁵⁹¹ Див. : Крижановський А.Ф. Методологія та структура державознавства: кілька гостроактуальних проблем / А.Ф. Крижановський, О. В. Коломієць // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. — 2013. — № 5. — С. 9-12.

⁵⁹² Наприклад, звертає на себе увагу думка В. В. Іванова, який пише, що категорія форми держави, використовувана в сучасній юриспруденції, давно стала свого роду «прокрустовим ложем» для характеристики держав. При цьому примітно, що кількість винятків у рамках цієї категорії давно перевищило кількість правил. (Іванов В. Нормативный конституционно-правовой договор: теория и практика. К критике современной теории государства / Виталий Иванов. — М. : Территория будущего, 2008. — С. 109-112.

у державознавстві часто ігнорується поява нових аспектів інституційної та функціональної складової державного життя.

Показовою у цьому зв'язку є категорія державної влади, яка на сьогодні не отримала свого належного визнання ані на рівні широкої наукової дискусії, ані на рівні навчальної літератури. Класичний підхід, відповідно до якого сповідується тригілкова модель державної влади, є домінуючим та таким, що нечасто ставиться під сумнів. Для цього є значна кількість підстав, на які звертають увагу спеціалісти як у сфері загальнотеоретичної юриспруденції, так і в сфері конституційного права. По-перше, тригілкова модель продемонструвала свою надійність у конституційному досвіді багатьох держав світу. Це є своєрідна традиція європейського конституціоналізму, який, як відомо, є доволі інертним до змін. По-друге, система стримувань і противаг є найвітченішою саме в рамках взаємодії законодавчої, виконавчої та судової гілок державної влади. Нарешті, по-третє, саме такий ракурс розгляду поділу державної влади якнайкраще відповідає усталеним концепціям верховенства права та правової держави. Усе це значно ускладнює з'ясування місця контрольної гілки влади в системі державної влади, її специфіки, інституційного та функціонального наповнення.

Між тим, данина традиціям не завжди є запорукою успішного розвитку категорійного апарату юриспруденції. Можна констатувати, що, незважаючи на широку поширеність в мові наукових досліджень, поняття контролю за незначними винятками розглядається винятково у функціональному аспекті, тоді як інституційний аспект виявляється проігнорованим або таким, що не переважає в аналізі. Так, відштовхуючись від феномену контрольної діяльності, яка є однією з невід'ємних складових державного управління, можна говорити про поширеність уявлень щодо контролю як функціонального аспекту діяльності органів виконавчої влади. Часто у професійно-юридичному аспекті контрольну діяльність кваліфікують як різновид правозастосовної діяльності. Специфіка контрольної діяльності в тому, що її кваліфікують як творчу організаційну діяльність вторинного (похідного) характеру, що дає можливість відокремити її від інших функцій управління не тільки в науковому, але й в організаційному плані. На думку В. М. Горшенєва, контрольна діяльність покликана вирішувати широке коло

питань: установити фактичне виконання заданого управлінського рішення в організаційній виконавчо-розпорядницькій діяльності підконтрольного об'єкта, дати правильну суспільно-політичну і спеціально-юридичну оцінку, прийняти ефективне рішення щодо вдосконалення діяльності підконтрольного об'єкта, домогтися оперативного, найповнішого і найякіснішого виконання прийнятого рішення. Контрольна діяльність, сполучаючи риси розпорядницьких і юрисдикційних способів, може виступати у формі регулятивних і охоронних правовідносин⁵⁹³. До контрольної діяльності висувається цілий ряд вимог. По-перше, вона повинна бути законною, тобто контроль має здійснюватися в рамках конкретних нормативних розпоряджень. По-друге, всебічною, а значить, охоплювати найважливіші питання. Перевірки повинні проводитися не тільки серед тих підрозділів, результати діяльності яких незадовільні, але й серед тих, котрі мають гарні результати. По-третє, гласною, тобто результати перевірок повинні бути відомі контролюваним органам. Нарешті, ця діяльність не може обмежуватися виявленням фактичного стану справ, а повинна супроводжуватися заходами для усунення недоліків.

Не ставлячи під сумнів важливість функціонального аспекту контролю в сучасній державі, слід підкреслити важливість розгляду його інституційного виміру. Насамперед, слід зауважити, що виділення контрольної влади як самостійної гілки державної влади має супроводжуватися з'ясуванням інституційних підстав її існування. Інституційна характеристика контрольної влади утім значно ускладнюється кількома важливими теоретичними обставинами. По-перше, у загальнотеоретичній юриспруденції існують лише найзагальніші конструкції поняття «інститут держави», які не завжди адекватно відображають характерні риси окремих інституційних утворень. По-друге, саме інституційну характеристику держави можна вважати найінертнішою сферою державознавства, оскільки тут майже не проводиться комплексних досліджень, спрямованих на сучасне осмислення процесів інституційного розподілу влади. Саме тому з'ясування особливостей інституціоналізації контрольної влади має відбуватися з огляду на ці проблеми.

⁵⁹³ Горшенев В. М. Контроль как правовая форма деятельности / В. М. Горшенев, И. Б. Шахов. — М. : Юрид. лит., 1986. — С. 35-36.

Одним із можливих ракурсів розгляду питань інституціоналізації контрольної влади є аналіз її місця в інституційній матриці держави. Як підкреслює С. В. Ковбасюк, «тип інституційних матриць формується під впливом властивостей матеріально-технологічного середовища, а також ментальних особливостей конкретного суспільства. Протягом розвитку держав в них зберігається домінуюче положення базових інститутів, однак жодна сучасна держава не може існувати в умовах інституційного вакууму, глобалізаційні процеси призвели до формування глобального «ринку інститутів». Результатом існування такого ринку є поява в інституційній матриці комплементарних інститутів, що грають допоміжну роль, доповнюючи інституційну громадську структуру»⁵⁹⁴. І дійсно, варто погодитися з тією думкою, що формування інститутів контрольної влади безпосередньо залежать від ментальності суспільства та від наявності свого роду «соціального запиту» на контроль. Як видається, контрольна влада в своєму інституційному аспекті давно атрибутована українським суспільством. Про це свідчать не лише сучасні процеси реформування судової системи та прокуратури, створення Національного антикорупційного бюро України, але й посилення заходів громадського контролю. У державному житті України контроль становить собою спосіб підтримки режиму законності, дисципліни, порядку й організованості, забезпечення прав і свобод громадян. Призначення контролю полягає, по-перше, у спостереженні за функціонуванням відповідного підконтрольного об'єкта, **по-друге, в одержанні об'єктивної і достовірної інформації про стан законності й дисципліни в ньому**, по-третє, у вживанні заходів із запобігання й усунення порушень законності й дисципліни, по-четверте, у встановленні причин і умов, що сприяють порушенням вимог правових норм, **по-п'яте, у вживанні заходів із притягнення до відповідальності осіб, винних у порушенні законності й дисципліни**.

З цієї точки зору інституційний аспект контрольної влади найчастіше розглядається у контексті конституційної юстиції, що на-

⁵⁹⁴ Ковбасюк С. В. Понятие и структура институциональной матрицы государства / С. В. Ковбасюк // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України : Матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15-16 травня 2015 р.) : у 2. т. — Одеса : Нац. ун-тет «Одеськ. юрид. акад.», 2015. — Т. 1. — С. 58.

водить на висновок про те, що система органів контрольної влади в Україні не є ієрархічною. Контрольна влада в Україні здійснюється різнорідними органами і тому має сукупний (кумулятивний) характер. Таким чином, специфіка цієї галузі влади з інституційної точки зору полягає в тому, що її органи розосереджені і кожний з них здійснює часткову функцію загальнодержавного контролю. Контроль як особлива форма діяльності держави виключає ієрархію і співвідпорядкованість усіх контролюючих органів, інакше відбулася б концентрація влади в одного виду органах, і замість протидії посиленню влади, її неправомірним акціям ми б одержали один контролюючий авторитарний орган.

У світовій практиці найбільше концентрують і відокремлюють у собі контрольну функцію органи конституційної юстиції. Вони є вищою формою спеціалізованої контрольної діяльності, мають спеціалізований предмет контролю і реалізують свою функцію через особливий механізм захисту Конституції. Одним із видів органів конституційної юстиції є Конституційний Суд України, який є одним із ключових органів контрольної влади в Україні. Конституційний Суд містить у собі особливості як контрольної, так і судової влади, а тому має комплексний характер. Саме тому він посідає своєрідне місце, відмінне від істинно судової влади: йому притаманна найвища контрольна державна діяльність. Такий підхід дає підставу виділити конституційні суди в особливий і самостійний вид — державний орган конституційного контролю.

Утім, часто ставиться під сумнів підхід, відповідно до якого наявність у Конституційного Суду України контрольної функції є достатньою підставою для того, щоби відносити його до контрольної гілки влади. Основним аргументом тут, як правило, є те, що Конституційний Суд України, відповідно до Конституції України та Закону України «Про судоустрій та статус суддів», належить до судової гілки влади⁵⁹⁵. Дійсно, виходячи з логіки побудови системи

⁵⁹⁵ Рисін О. О. Конституційний Суд України — єдиний орган судового конституційного контролю в Україні / О. О. Рисін. // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. — 2003. — Вип. 23. — С. 240-247. ; Ключев М. М. Роль і місце конституційного контролю в системі державних інститутів / М. М. Ключев // Вісник Академії митної служби України. Сер. : Державне управління. — 2013. — № 2. — С. 53-58.

стримувань і противаг в українській Конституції, визначити місце Конституційного Суду України з точки зору становлення контрольної гілки влади іноді непросто. Але тут слушною та демонстративною є позиція, відповідно до якої інституційна характеристика Конституційного Суду України в аспекті становлення контрольної влади має базуватися на ідеї конституційного контролю як такого.

Відомо, що у сучасних правових системах розрізняють дві моделі конституційного контролю: англо-американську, основою рисою якої є здійснення конституційного контролю судами загальної юрисдикції (тут можливими є також централізований і децентралізований підхід: відповідно до першого, конституційний контроль здійснюється винятково вищим судовим органом, у другому допустимим є здійснення конституційного контролю всіма судами); та континентальну, де конституційний контроль здійснюється спеціально утвореним органом. Ідеологом другої моделі вважається Г. Кельзен, завдяки якому конституційний суд з'явився в Австрії, а потім і в інших європейських державах. Слушною тут є думка М. В. Вітрука, що «основна відмінна особливість європейської моделі конституційного контролю (відносно американської) полягає в тому, що конституційний контроль є єдиною (вичерпною) функцією даних органів...»⁵⁹⁶. Однак не завжди і не всюди органи конституційного контролю розглядаються з точки зору формування судової гілки влади. Відомим та показовим є приклад Франції, де функція конституційного контролю покладена на Конституційну та Державну раду, які належать до квазісудових органів і взагалі не включені до судової системи, посідаючи особливе місце у структурі державних органів⁵⁹⁷. Відтак, формальна належність Конституційного Суду України до судової влади є радше даниною традиції, яка була закладена Г. Кельзеном у першій половині XX ст., і мало впливає на змістовну характеристику цього інституту як інституту саме контрольної влади.

⁵⁹⁶ Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс : учеб. пособие / Н. В. Витрук. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма ; ИНФРА-М, 2011. — С. 52-53.

⁵⁹⁷ Пілюк С. В. Сучасні моделі конституційного контролю / С. В. Пілюк // Форум права. — 2012. — № 3. — С. 552.

Особливе положення в інституційній структурі контрольної влади посідає омбудсман — Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. В Україні чинним законодавством передбачена своєрідна модель омбудсмана, яка має такі особливості: незалежність Уповноваженого з прав людини від будь-якого органу державної влади чи місцевого самоврядування, їхніх посадових осіб; широка юрисдикція Уповноваженого, що поширюється як на органи державної влади, включаючи суди, так і на органи місцевого самоврядування та їхні посадові особи; значні повноваження в проведенні розслідувань і перевірок, у тому числі за власною ініціативою, для виявлення випадків порушення прав людини і здійснення постійного моніторингу за станом дотримання прав і свобод людини; право ініціювати для розгляду подання з рекомендаціями з усунення виявлених порушень прав і свобод людини органами державної влади, місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами; можливість безпосереднього звернення широких верств населення України до Уповноваженого з прав людини; гнучкість і неформальність процедури свободи дій з відкриття провадження за тією чи іншою справою.

Розгляд Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у контексті формування контрольної влади так само, як у випадку з Конституційним Судом України, має певні теоретичні проблеми. Поширеною є позиція, відповідно до якої омбудсман, принаймні в Україні, є правозахисним інститутом, а не контрольним. Зокрема, стверджується, що перелік повноважень омбудсмана, закріплений національним законодавством, більшою мірою відповідає уявленням про правозахисну діяльність⁵⁹⁸. У той же час, на думку П. С. Корнієнка, інститут Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини виступає додатковим засобом захисту прав і свобод людини і громадянина щодо інших правозахисних інститутів, а тому його роль у правозахисній діяльності є радше

⁵⁹⁸ Мелех Б. В. Ефективність форм впливу Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини на шляху європейської інтеграції / Б. В. Мелех // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер.: Право. — 2014. — Вип. 25. — С. 48-52.

субсидіарною⁵⁹⁹. Альтернативна позиція полягає в розгляді ролі омбудсмана з точки зору категорії парламентського контролю. Такий варіант також видається недостатньо переконливим, оскільки Уповноважений є відносно самостійною фігурою навіть у відносинах із Верховною Радою України. Понад те, саме розгляд інституту омбудсмана крізь призму парламентського контролю нашоухує на висновки про його неефективність та неінституціоналізованість в українському суспільстві⁶⁰⁰.

Як видається, омбудсмана є сенс розглядати як самостійне інституційне утворення в межах контрольної влади. Це єдиний перспективний шлях інституціоналізації омбудсмана не лише у вітчизняній правовій системі, але й у європейському контексті в цілому.

Поряд із контролем за дотриманням законності, охороною прав громадян особливе місце посідає фінансовий контроль. Він виступає як один із видів державного контролю за утворенням, розподілом і використанням усіх ресурсів фінансової системи країни. Практично кожна сучасна держава стикається з необхідністю контролювати виконання видаткової частини бюджету. Відповідно до ст. 98 Конституції України, контроль за використанням коштів Державного бюджету України від імені Верховної Ради України здійснює Рахункова палата. Починаючи з 1997 р. Рахункова палата України є єдиним державним органом, який здійснює контроль за законним, цільовим, своєчасним і ефективним використанням державних коштів, прогнозуванням, аналізом і експертизою бюджетного процесу на всіх його етапах.

Важливою основою інституційного розвитку фінансового контролю як складової контрольної влади в суспільстві є міжнародні норми та принципи. Так, відповідно до ст. 1 Міжнародної Лімської Декларації 1977 р., «організація контролю є основним елементом управління суспільними фінансовими коштами, тому

⁵⁹⁹ Корнієнко П. С. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини як спеціалізований правозахисний орган Української держави / П. С. Корнієнко // Часопис Київського університету права. — 2014. — № 2. — С. 77.

⁶⁰⁰ Оборотов Ю. Верховенство права як шлях до правової гармонії в Україні / Ю. Оборотов // Вісник Національної академії прокуратури України. — 2008. — № 4. — С. 5-11.

що таке управління тягне за собою відповідальність перед усім суспільством». Відповідно до положень цієї Декларації, контроль — це не самоціль, а невід’ємна частина загальнодержавної системи регулювання суспільних відносин, яка покликана встановлювати допущені відхилення від прийнятих стандартів і порушення законності, ефективності і економії витрачання матеріальних ресурсів на ранній стадії, щоб мати можливість ужити відповідних запобіжних заходів, а в необхідних випадках — притягнути винних до відповідальності, стягнути заподіяну державі шкоду та розробити і здійснити заходи, направлені на запобігання і виникнення таких порушень у майбутньому⁶⁰¹.

Розглядаючи аспекти інституціоналізації Рахункової палати як органу контрольної влади в Україні, багато науковців підкреслюють необхідність розмежування внутрішнього та зовнішнього фінансового контролю. Внутрішній контроль здійснюється Урядом на основі оперативного управління державними коштами, тоді як зовнішній контроль має бути прерогативою саме Рахункової палати як найвищого конституційного органу фінансового контролю в державі⁶⁰². Ключовим напрямом удосконалення цього інституту контрольної влади має стати налагодження зв’язку та взаємодії між Рахунковою палатою та іншими органами фінансового контролю, що входять до структури центральних органів виконавчої влади.

Виникає потреба в органах, які б забезпечували з позиції інтересів суспільства, держави і громадян, а також підприємців контроль за виконанням антимонопольного законодавства. Таким є Антимонопольний комітет України, який є одним із органів контрольної влади.

Функції державного контролю за підтримкою конкурентного законодавства здійснює Антимонопольний комітет України як орган контрольної влади зі спеціальним статусом, метою діяльності якого є захист економічної конкуренції. Цей державний ор-

⁶⁰¹ Лімська декларація : VIII Міжнародна конференція по боротьбі з корупцією, Ліма, Перу, 7-11 вересня 1997 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/main/998_090/print1120719391939580

⁶⁰² Паньків С. П. Рахункова палата України у системі державного фінансового контролю / С. П. Паньків // Університетські наукові записки. — 2005. — № 3. — С. 235.

ган зобов'язаний забезпечувати, відповідно до своєї компетенції, контроль за виконанням антимонопольного законодавства, захист інтересів підприємців і споживачів від його порушень, сприяти розвитку сумлінної конкуренції у всіх галузях економіки. Антимонопольний комітет України запобігає виникненню монопольного становища на ринку тих підприємців, які обмежують конкуренцію певного товару. Тим самим запобігається можливість порушення ринкових відносин у виробництві та реалізації окремих видів товарів, несумлінна конкуренція серед підприємців⁶⁰³.

Варто, утім, зазначити, що контрольні повноваження не є єдиними для Антимонопольного комітету, що не завжди дозволяє однозначно відносити його до контрольної гілки влади. Слушною є думка тих науковців, які пишуть, що антимонопольні органи у сучасному світі усе більшою мірою починають переорієнтовуватися із активного захисту конкуренції на її «адвокатування», яке виражається у застосуванні непримусових механізмів, спрямованих на усвідомлення суб'єктами господарювання переваг конкуренції⁶⁰⁴. Утім, як видається, здійснення адвокатування конкуренції є одним із функціональних різновидів пасивного контролю, адже так само по відношенню до, наприклад, Рахункової палати можна говорити про те, що вона адвокатує чесне та прозоре використання бюджетних коштів. Наявність у інститутів контрольної влади неконтрольних повноважень не має ставати на заваді усталенню категорії контрольної влади у сучасній юриспруденції.

Серед інститутів, що здійснюють загальнодержавний контроль, виділяється також Національна Рада України з питань телебачення і радіомовлення, яка відповідальна за розвиток і якісний стан телебачення і радіомовлення України, за підвищення професійного, художнього, етичного рівня програм і передач телерадіоорганізацій. Особливості Національної Ради як органу, що здійснює контрольні функції, одержали своє закріплення в Конституції

⁶⁰³ Тароева В. В. Антимонопольный комитет Украины как институт контрольной власти в Украине / В. В. Тароева // Актуальні проблеми держави і права. — 2006. — Вип. 27. — С. 333-337.

⁶⁰⁴ Кантур К. С. Роль Антимонопольного комітету України в розвитку конкуренції / К. С. Кантур // Теорія та практика державного управління. — 2014. — Вип. 2. — С. 127-128.

України, Законі України «Про телебачення і радіомовлення», а також у Законі України «Про Національну Раду України з питань телебачення і радіомовлення», в інших нормативно-правових актах, що регламентують порядок здійснення контрольної діяльності.

Національна Рада була створена з метою забезпечення свободи слова, прав і законних інтересів споживачів, виробників і розповсюджувачів масової, звукової, візуальної, аудіовізуальної інформації, розробки і здійснення державної політики ліцензування телерадіомовлення, раціонального використання радіочастотного ресурсу держави, реалізації і контролю за дотриманням законодавства України у сфері телебачення і радіомовлення. Можна стверджувати, що Національна Рада України з питань телебачення і радіомовлення офіційно визначає державну політику в цій сфері, є загальнодержавним контролюючим органом, який відповідальний за розвиток і якісний стан телебачення і радіомовлення України, виступає як важливий інститут контрольної влади.

У середовищі фахівців у сфері адміністративного права домінує позиція, відповідно до якої контроль та нагляд у сфері телебачення і радіомовлення є методами публічного адміністрування, що, своєю чергою, унеможлиблює віднесення Національної ради з питань телебачення і радіомовлення до складу контрольної влади⁶⁰⁵. Така позиція заслуговує на увагу, але, як видається, домінування контрольних повноважень та відносна самостійність органу у стосунках з Кабінетом Міністрів України та іншими органами виконавчої влади зумовлює доцільність розгляду цього органу саме як інституту контрольної влади.

Підтвердженням актуальності такої категорії юриспруденції, як контрольна влада в Україні є те, що в національних правових системах континентального права визначальне місце належить інституту конституційної юстиції. Можна стверджувати, що в країнах, де інститути конституційної юстиції незалежні в їх функціонуванні, контрольна влада в контексті принципу поділу влади виступає як особливий вид влади. Слід зазначити, що в багатьох країнах організаційна структура інститутів контрольної влади включає

⁶⁰⁵ Марчук М. П. Контроль та нагляд у сфері телебачення і радіомовлення / М. П. Марчук // Часопис Київського університету права. — 2013. — № 1. — С. 140.

конституційні суди, прокуратуру, омбудсменів, рахункові палати й інші органи державної влади.

Акти інституцій контрольної влади при її здійсненні не змінюються нормативно-правовими актами «позитивної» нормотворчості. Результатом здійснення контрольної влади виступає «негативна» нормотворчість, тобто скасування підконтрольних нормативних актів. Саме через розмежування компетенцій щодо негативної і позитивної нормотворчості реалізується механізм «стримувань і противаг». Тенденція розвитку інститутів здійснення державної влади свідчить про те, що поступово виділяється і відокремлюється універсальна контрольна функція, яка реалізується в системі контрольної влади.

Контрольна влада як автономна й незалежна гілка державної влади має функціонувати на основі таких принципів:

- незалежність контрольної влади. Вона може забезпечуватися способами, аналогічними тим, що застосовуються при формуванні й діяльності інших галузей влади;
- принцип об'єктивності контролю передбачає аналіз реальних фактів і всебічність їх розгляду. І хоча будь-яке управлінське рішення несе в собі елемент суб'єктивності, однак воно має базуватися на об'єктивних, реальних фактах. Так, і контрольна діяльність повинна ґрунтуватися на дійсності, реальності, конкретності фактів. Об'єктивність контролю впливає з точного вивчення фактів і документів, заслуховування пояснень, що перевіряють зацікавлені особи, проведення необхідних підрахунків, аналізів, вимірів, зіставлень, виявлення причин порушень, недоліків чи помилок. І лише узагальнення всіх отриманих у такий спосіб даних і приводить до правильних, обґрунтованих висновків, виробляє вміння дійти до суті заради встановлення істини. Усе це дає можливість знайти правильне рішення при усуненні порушень чи запобігти небажаним наслідкам;
- дієвість контролю складається з реальних наслідків виявлення порушень чинного законодавства, прийнятих норм і правил. На нього покладений обов'язок не тільки виявити допущені порушення, але й глибоко їх проаналізувати, зробити висновки про можливі наслідки, пустити

вхід державний механізм захисту. Призначення контролю полягає у створенні передумов і здійсненні управлінської діяльності, виходячи з інтересів людини і суспільства, запобігання неправомірній діяльності органів управління і посадових осіб. Принцип дієвості контролю покладений в основу реагування органів контролю, усієї системи контролю шляхом вжиття відповідних заходів самостійно або передачі результатів і висновків уповноваженим органам для прийняття рішень;

- контрольна гілка влади повинна бути максимально деполітизована. Для формування правової держави потрібна активна контрольна влада, що забезпечує охорону закону поза залежністю від політичних пристрастей і політичної доцільності. Тільки така влада змусить службовців держави і політиків поважати закон і діяти чітко в його рамках;
- контрольна влада зобов'язана діяти на основі принципу гласності. Усі результати її перевірок повинні публікуватися у спеціальному віснику, винятки можуть складати тільки дані, що належать до державної таємниці;
- спеціалізація органів контрольної влади при здійсненні різних перевірок, виявленні та розслідуванні фактів правопорушень, які скоїли посадові особи державних органів;
- відповідальність. Контрольні органи повинні гарантувати надійність наданої ними інформації і нести відповідальність за подання недостовірної інформації.

Здійснення контролю є важливим елементом у будь-якій системі державного управління. Завдяки цьому уможливорюється ефективна парадигма керівництва державними справами, забезпечується послідовність виконання нормативно-правових актів та вимог парадигми *good governance*. Це, своєю чергою, веде до інституціоналізації контрольної влади як самостійної складової механізму поділу влади в сучасній державі. Усе більша спеціалізація державних органів, фрагментація системи державного управління у поєднанні з процесами скорочення функціонального навантаження на державний механізм зумовлюють доцільність розгляду контрольної влади як невід'ємної складової державного життя сучасного суспільства.

3.9. ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ КЛІНІК В УКРАЇНІ

Однією з основних умов забезпечення високого рівня ефективності права як регулятора суспільних відносин є наявність його дієвого інституційного забезпечення. Це твердження є аксіоматичним не лише на рівні юридичної доктрини, але й відображається в текстуальних положеннях різноманітних концепцій, стратегій та планів розвитку сучасної правової політики Української держави. Більше того, неефективність вітчизняних інститутів права, яка тривалий період часу пояснювалася їх соціалістичним походженням або ж радянським минулим, сьогодні обґрунтовується уже їх невідповідністю новій «європоцентристській» правовій реальності — євровекторному розвитку держави і права України на початку ХХІ ст.

Лише протягом останніх двох років ми стали свідками не лише фундаментальних кількісно-якісних змін в нормативно-правовому полі нашої держави (розробка, прийняття та введення в дію нових законодавчих актів) чи функціональним оновленням вже існуючих інститутів державної влади, але й появою нових правових інститутів, сутнісна природа яких не завжди гармонійно вписується в рамки традиційно-еволюційного розвитку українського права, але й свідчить про «штучний» та «чужорідний» характер їх походження. Безперечно, комплексне реформування всіх напрямків політико-правового життя України, що має місце сьогодні, якнайкраще підтверджує істинність думки Ю. М. Оборотова про «інфляцію держави і права», яка відбувалася протягом останніх двадцяти років, — інфляцію на інституційному рівні (інституційну інфляцію)⁶⁰⁶.

Сутність самого поняття «інститут» найдетальніше розкривається в працях представників економічної школи, що має назву «інституціоналізм». Фундатором школи інституціоналізму вважають Т. Веблена, який розширив тлумачення предмета політичної економії, застосувавши філософське осмислення економічних про-

⁶⁰⁶ Оборотов Ю. Н. Инфляция власти и права как индикатор слабого государство / Ю. Н. Оборотов // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. - 2010. — Т. 9. — С. 95.

цесів, ґрунтуючись на доктрині І. Канта. Цінним для інституціонального осмислення досліджуваних процесів є десяти томна «Документована історія промислового суспільства» Дж. Коммонса, що разом із низкою інших видатних наукових праць склали фактично цілісне вчення економічної еволюції громадянського суспільства, в якому домінантою виступає громадський дієвий контроль за діями індивідуального характеру, ефективним способом реалізації котрого виступає інститут правової угоди⁶⁰⁷.

Основоположником нового інституціоналізму вважають американського ученого, лауреата Нобелівської премії Дагласа Сесіла Норта, який у своїх численних дослідженнях, намагаючись зрозуміти разючу відмінність у функціонуванні економік окремих країн упродовж тривалого часу, запроваджує поняття «інституції» (закони, правила, звичаї, норми тощо) та «організації» (державні органи, політичні партії, профспілки, фірми тощо) і на історичних прикладах показує, як взаємодія інституцій та організацій призводить до еволюційного розвитку різноманітних управлінських структур, торговельного права, страхових та фінансових ризиків.

Зокрема, у своїй праці «Інституції, інституційна зміна та функціонування економіки» Даглас Норт досліджує природу інституцій та їхні наслідки для функціонування економіки та суспільства, окреслює теорію інституційної зміни щоб закласти основу економічної та іншої історії, пояснити, як минуле впливає на сучасне і майбутнє, як поступова інституційна зміна визначає сукупність варіантів вибору в даний момент, і з'ясувати природу залежності такої зміни від її шляху⁶⁰⁸.

У цьому дослідженні автором вводиться суттєва відмінність між інституціями та організаціями. Інституції — це правила гри в суспільстві або, точніше, вигадані людьми обмеження, які спрямовують людську взаємодію в певне річище та, як наслідок, структурують стимули в процесі людського обміну — політичного, соціального чи економічного. Організації охоплюють політичні органи

⁶⁰⁷ Августин Р. Інституційний дискурс дослідження проблеми формування західноукраїнських господарських асоціацій / Р. Августин // Ефективність державного управління : збірник наукових праць. — 2013. — Вип. 35. — С. 284.

⁶⁰⁸ Даглас Норт. Інституції, інституційна зміна та функціонування економіки / Пер. з англ. І. Дзюб. — К.: Основи, 2000. — С. 3.

(політичні партії, Сенат, міську раду, регулятивне агенство), економічні органи (фірми, профспілки, родинні ферми, кооперативи), суспільні органи (церкви, клуби, спортивні асоціації) та освітні органи (школи, університети, центри професійної підготовки). Вони складаються з групи індивідів, пов'язаних між собою спільним прагненням досягти певних цілей. Використовуючи спортивну аналогію, на думку Дагласа Норта, інституції є правилами гри (офіційними чи неофіційними), а організації — самими гравцями. Мета правил — визначення способу, згідно з яким відбувається гра, а завдання команди в межах цієї сукупності правил полягає в тому, щоб перемогти у грі за допомогою майстерності, стратегії та координації чесними, а іноді й нечесними засобами; формування стратегії та майстерності — це окремий процес, відмінний від створення, розвитку і формування правил. Головна ж роль інституцій у суспільстві полягає в тому, щоб зменшити невизначеність шляхом встановлення постійної (але не обов'язково ефективної) структури людської взаємодії. Однак стабільність інституцій у жодному разі не суперечить тому факту, що вони змінюються. Усі інституції — від звичаїв, кодексів і норм поведінки до статутного і загального права та контрактів між індивідами — поступово змінюються, а тому безперервно змінюють доступні нам варіанти вибору. Наростання таких змін може бути настільки повільне й незначне, що помітити їх може хіба що історик, хом ми живемо у світі, де швидкість інституційної зміни очевидна.

Як бачимо, згідно визнаної у міжнародних наукових колах сучасної теорії інституціоналізму в поняття «інституції» закладено розуміння правових регуляторів існуючих у суспільстві відносин (конституцій, законів та підзаконних актів, договорів, звичаїв та традицій), в той час як під поняттям «організації» можна розуміти суб'єкти таких правовідносин, тобто різноманітні інститути державної, місцевої, політичної та релігійної влади, інститути громадянського суспільства тощо.

Дійсно, взаємодія людей в суспільстві відбувається в різних формах, частина з яких набуває формалізованого характеру, іншими словами, реалізується за допомогою соціальних інститутів. У даному випадку під загальним терміном «інститут» (з лат. *institutum*) розуміють як комплекс самих загальних норм, прин-

ципів, культурних зразків, які визначають сутність та стійкість соціальних явищ, так і соціальні утворення установ та організацій, які виступають суб'єктом соціальних відносин та дій. При цьому неодмінним і домінуючим способом розвитку і суспільного буття держави і права виступає соціальна інституціоналізація, яка являє собою еволюцію людської діяльності від менш визначених форм до більш визначених, від «імпровізованих» до завчасно відомих, від розрізнених до погоджених, від індивідуалізованих до загальноприйнятих. У цьому зв'язку зрозуміло, чому саме право виступає найінституціоналізованішою сферою суспільного буття та свідомості, оскільки відомо, що в області права прагнення до стабільності, точності, гарантованості поведінки сягає своєї вершини. Єдність публічної влади як інституціоналізованого виду соціальної влади та права як інституціоналізованої підсистеми соціального регулювання утворює свого роду «вогнище» інституціоналізації в суспільстві⁶⁰⁹.

Як відзначає С. В. Ковбасюк, можливі два шляхи інституціоналізації: при першому інститути встановлюються рішеннями органів публічної влади чи формуються соціально активними громадянами. Другий шлях пов'язаний з тим, що інститути формуються в практиці суспільних відносин, існують у вигляді фактичних моделей поведінки та лише потім приймають характер загального правила. Тобто, у першому випадку інституціоналізація є цілеспрямованим та контрольованим процесом, у той час як другий спосіб пропонує стихійне зародження інституту. Однак і на цьому інституціоналізація не завершується, оскільки знову виниклий інститут повинен пройти перевірку часом, соціальна практика може суттєво видозмінити закріплені в ній моделі поведінки, змінити його структуру та організацію⁶¹⁰.

Основою демократичної держави, в якій громадяни беруть участь у формуванні та функціонуванні інститутів державної вла-

⁶⁰⁹ Ковбасюк С. В. Институализация и легитимность государственной власти / С. В. Ковбасюк // Развитие методологии современной юриспруденции : материалы 3-й Междунар. науч. конф. (Одеса, 12 квітня 2013 р.). - 2013. — С. 161.

⁶¹⁰ Ковбасюк С. В. Демократические институты современного государства / С. В. Ковбасюк // Правове життя сучасної України : тези доповідей Всеукр. наук. конф. (Одеса, 18-19 квітня 2008 р.). — 2008. — С. 49.

ди та місцевого самоуправління, здійснюють контроль над їх діяльністю, є саме демократичні інститути. З однієї сторони — це інститути державного механізму (наприклад, парламент, президент, омбудсмен і т.д.), а з іншої — різні асоціації, які існують в рамках громадянського суспільства (політичні партії, громадські організації та рухи, групи впливу (лоббі) і т.д.).

У числі утворень, які займають особливе місце в структурі інститутів громадянського суспільства сучасної України, виділяють також юридичні клініки при вищих навчальних закладах юридичного профілю. За останні десять-п'ятнадцять років юридичні клініки стали унікальними базами для практичного навчання, проведення навчальної та інших видів практики студентів, де вони під контролем професійних кураторів безпосередньо залучаються до надання безоплатної правової допомоги у типових (нескладних) справах. Зокрема, питанню розширення кола інститутів громадськості, що мають юридичне спрямування, саме за рахунок юридичних клінік, діяльність яких спрямована на реалізацію правозахисної, правопросвітньої та навчально-формуючої функцій, присвячено дисертаційне дослідження А. О. Галай⁶¹¹.

Ідея навчання студентів-юристів практичної діяльності у спеціальних установах, до яких за отриманням правової допомоги звертаються представники малозабезпечених верств населення, зароджувалася в дискусіях протягом тривалого періоду часу у тих країнах, де існувала академічна (лекційно-теоретична) підготовка правників. Так, ще на межі XIX-XX ст.ст. було обговорено та втілено в життя ідею функціонування юридичних клінік з метою набуття студентами практичних професійних навичок. Така система освіти набула великої популярності у багатьох навчальних закладах світу, у тому числі в Російській імперії, про що, зокрема, свідчать посібники викладачів Новоросійського університету⁶¹².

Сьогодні сутність юридичних клінік, яка проявляється у самій ідеї їх діяльності, дозволяє вести мову про їх окремий правовий

⁶¹¹ Галай А. О. Недержавні організації юридичного спрямування як учасники публічного управління / А. О. Галай : {Монографія}. — К.: КНТ, 2015. — С. 327-328.

⁶¹² Доброхотова Е. Н. Практическое обучение юристов в России : История становления и перспективы развития (на примере Юридической клиники в СПбГУ) : дисс. ... кандидата юрид. наук : 12.00.01 / Доброхотова Е. Н. — СПб., 2007. — С. 26.

статус, у структурі якого можна виокремити: 1) поняття, цілі та завдання юридичної клініки; 2) організаційно-правова форма діяльності юридичної клініки; 3) принципи діяльності юридичної клініки; 4) права та обов'язки осіб, які беруть участь у діяльності юридичної клініки, та гарантії їх реалізації; 5) юридична відповідальність осіб, які беруть участь у діяльності юридичної клініки⁶¹³.

На відміну від слова «клініка» (з грец. *klinice* — лікування), під яким у суспільстві однозначно розуміють установу лікувального типу, де надання медичної допомоги хворим поєднується з науково-дослідною та педагогічною роботою, характеристика терміна «юридична клініка» в основному зводиться до двох підходів: інституційний та навчально-програмний. Згідно з першим підходом, юридична клініка — це структурно оформлений підрозділ вищого юридичного навчального закладу чи його факультету, громадської організації чи правової консультації, а згідно з другим — є складовою частиною навчального процесу (спекурсом) у вищому навчальному закладі, інноваційною (інтерактивною) методикою вироблення у студентів практичних навичок⁶¹⁴. Однак з 2007 р. розпочався поступовий відхід від безпосереднього отоотоження та вживання словосполучення «юридична клініка» як назви спеціальної дисципліни, інтегрованої в навчальний процес вищого навчального закладу у зв'язку із введенням спецкурсу «Основи юридичної клінічної практики», існування якого було передбачене у Типовому положенні про юридичну клініку вищого навчального закладу України. Без будь-яких сумнівів, юридична клініка в Україні являє собою певну організаційну структуру, де паралельно з викладанням традиційних дисциплін відбувається навчання студентів практичних навичок на підставі реальних («живих») справ і проблем.

Сам термін «юридична клініка» чітко і лаконічно передає сутність діяльності цього закладу — допомагати людям і одночасно вчитися самим, а пристосовуючи поняття «клініка» до сфери юри-

⁶¹³ Лоджук М.Т. Юридичні клініки в Україні : освіта та правова допомога : монографія / М.Т. Лоджук. — Одеса : Фенікс, 2915. — С. 45.

⁶¹⁴ Лоджук М.Т. Правове регулювання діяльності юридичних клінік в Україні : загальнотеоретичне дослідження : автор. дис.... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових учень» / М.Т. Лоджук. — О., 2014. — С. 42.

дичного обслуговування, вчені віднайшли чимало схожих ознак із клінікою медичною. По-перше, обидва заклади лікують: перший — від фізичних та психічних хвороб, другий — від недостатньої правової освіти. По-друге, як у медичних, так і в юридичних клініках здійснюється викладацька та науково-дослідна діяльність. По-третє, втручання здійснюється оперативно, цілеспрямовано та об'єктивно. По-четверте, у цих клініках здійснюється правовиховна (в медичних — на базі медичного права), просвітницька та обслуговуюча функції. По-п'яте, обидві клініки мають або бюджетне, або позабюджетне фінансування.

Ще один термін, що часто використовується поряд із поняттям «юридична клініка», — це «*pro bono*» або «*pro bono publico*» (з латини — «благое», «заради добра», «заради суспільного блага»). Таке доповнення має на меті підкреслити одне з головних завдань існування юридичних клінік як інституту громадянського суспільства — надання реальної правової допомоги найменш забезпеченим верствам населення. Саме соціальна спрямованість юридичних клінік є конкретним внеском юридичної спільноти у справу формування справжнього громадянського суспільства та правової держави. Крім того, ця назва-гасло багатьох юридичних клінік України виправдовує себе і звучить на теперішній час як горда відповідь багатьом скептикам, які не вірили в успішний розвиток цього напрямку правозахисної та освітньої діяльності.

Безперечно, юридична клініка як форма практичного навчання передбачає поєднання процесу практичної підготовки студентів та надання безоплатної правової допомоги певним категоріям населення. Навчальні цілі діяльності юридичної клініки часто визнаються як розвиток деяких навичок професії юриста (наприклад, проведення інтерв'ювання з клієнтом, надання порад, проведення переговорів), навичок з письмового та усного викладу своєї позиції, аналітичних здібностей (обрання рішення проблеми, формування гіпотез та їх перевірка) тощо. З іншого боку, у кожному суспільстві є певна частина населення, яка не може собі дозволити оплатити професійну юридичну консультацію, а тому студенти, які працюють в юридичних клініках, здатні частково задовольнити ці потреби (особливо у тих справах, рівень складності яких не вимагає участі досвідченого юриста). Ці дві головні цілі юридичної

клініки часто перетинаються, як правило, доповнюючи одна одну, а інколи конкуруючи між собою. Більше того, якщо звернутися до історії появи та становлення перших юридичних клінік у світі, то, на відміну від європейської моделі юридичних клінік, де питання практичної підготовки юристів є пріоритетним, юридичні клініки на зразок американського варіанту існували, у першу чергу, для задоволення потреб населення в безоплатній правовій допомозі, а вже лише потім — з навчальною метою⁶¹⁵.

Враховуючи відсутність будь-яких складностей в етимології вищезазначених дефініцій, можна стверджувати однозначно, що категорія «освітнє» завжди свідчить про наявність відношення до освіти, про те, що поширює освіту, знання, а термін «соціальне» ототожнюється із суспільним, громадським; тим, що характеризує пов'язаність із життям і стосунками людей у суспільстві. Як уявляється, призначення юридичної клініки полягає у переслідуванні двох основних цілей: освітньої (набуття студентами практичних навичок у процесі надання правової допомоги) та соціальної (надання такої допомоги на безоплатній основі тим, хто не може звернутися за платними правовими послугами). При цьому, освітня ціль діяльності юридичної клініки є головною, що зумовлено причинами (передумовами) зародження самої ідеї використання юридичних клінік у навчальному процесі підготовки юристів. Про два основних завдання, які вирішуються у процесі діяльності юридичної клініки — допомога малозабезпеченим і виховання (соціальна функція) та поглиблення професійних здібностей майбутніх юристів (навчальна функція), стверджує і засновник юридичної клініки Національного університету «Одеська юридична академія» академік С.В. Ківалов⁶¹⁶. З огляду на вищезазначене вважаємо, що закріплене на підзаконному нормативно-правовому рівні в Україні визначення юридичної клініки не цілком відображає сутність цього поняття, оскільки в ньому вбачається лише освітній компонент ді-

⁶¹⁵ Лоджук М.Т. Значення юридичних клінік в Україні: освітнє чи соціальне / М.Т. Лоджук // Закарпатські правові читання : матеріали II Всеукр. наук.-практ. конф. молодих вчених та студентів (29-30 квітня 2010 р.) : у 2 т. / за заг. ред. Ф.Г. Ващука, П.А. Трачука. — Ужгород : Зак. ДУ, 2010. — Т. 1. — С. 54-57.

⁶¹⁶ Ківалов С.В. Концептуальні засади розвитку сучасної юридичної освіти / С.В. Ківалов // Актуальні проблеми політики : зб. наук. праць / голов. ред. С.В. Ківалов; відп. за вип. Л.І. Кормич. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — Вип. 16. — С. 8.

яльності, а соціальна значущість появи та існування цих інститутів дійсно розвинутого громадянського суспільства у дефініції свого вираження не знайшла.

Слід також зазначити, що доволі часто терміни «юридична клініка», «студентська юридична приймальня» та «благодійна юридична консультація» розглядаються як тотожні поняття, оскільки існує думка, що достатньо залучити студентів до надання правової допомоги і юридична клініка — в дії. З огляду на це багато громадських організацій та інших об'єднань громадян (у тому числі, політичних партій) в Росії заявляють про наявність у їх структурі юридичних клінік. Однак оскільки про юридичну клініку можна говорити як про форму освітнього процесу, то далеко не кожна приймальня для громадян за участі студентів може вважатися клінікою. Це є можливим лише у тому разі, якщо в такій приймальні буде представлено компонент навчання — вибудовані методики викладання, відпрацьовані форми контролю досвідчених юристів за починаючими тощо⁶¹⁷. Крім того, діяльність безоплатних юридичних консультацій при політичних партіях (як і при громадських приймальнях народних депутатів) має ще один суттєвий недолік — вони надають правову допомогу протягом обмеженого періоду часу, який переважно співпадає з передвиборчою агітацією. Такі юридичні клініки розпочинають свою роботу з початком виборчого процесу та припиняють із його завершенням, а тому їх правозахисна діяльність є малоефективною та короткотривалою у разі, якщо партія або кандидат не досягли необхідного результату на виборах⁶¹⁸.

Як впливає з пункту 2.1 Типового положення про юридичну клініку вищого навчального закладу України, мета юридичних клінік полягає у: 1) підвищенні рівня практичних знань, умінь і навичок студентів юридичних спеціальностей; 2) забезпеченні доступу представників соціально вразливих груп суспільства до правової

⁶¹⁷ Немытіна М.В. О методологических подходах в современном клиническом юридическом образовании / М.В. Немытіна // Право и образование. — 2004. — № 4. — С. 109.

⁶¹⁸ Гентош Р.С. Діяльність юридичних клінік у сфері громадського правозахисту : посіб. / за заг. ред. Р.С. Гентош, М. В. Дулеби, В.О. Козлова, О.С. Котухи. — Львів, 2003. — С. 10.

допомоги; 3) формуванні правової культури громадян; 4) підготовці та навчанні студентів у дусі дотримання й поваги до принципів верховенства права, справедливості та людської гідності; 5) розширенні співробітництва вищих навчальних закладів, що здійснюють підготовку фахівців-юристів, із судовими, правоохоронними органами, органами юстиції, державної влади та місцевого самоврядування, з іншими установами та організаціями; 6) впровадженні в навчальний процес елементів практичної підготовки студентів-правників у сфері юридичних послуг.

Згідно з пунктом 2.2 цього положення, до основних завдань юридичних клінік належать: 1) надання студентам юридичної клініки можливості набуття навичок практичної діяльності за фахом; 2) створення місць для проходження студентами навчальної та виробничої практики; 3) надання громадянам малозабезпечених верств населення суспільства безоплатних юридичних консультацій; 4) проведення заходів з правової освіти населення; 5) забезпечення можливості спілкування студентів під час навчального процесу з фахівцями-практиками судових і правоохоронних органів, інших державних органів та органів місцевого самоврядування з питань їх діяльності; 6) створення ефективного механізму обміну інформацією між населенням, засобами масової інформації та юридичною клінікою, що дозволить оперативно реагувати на практичні потреби громадян⁶¹⁹.

Саме здатність юридичної клініки виконувати вищевказані основні завдання, разом із дотриманням установлених принципів їх роботи, наявністю правового регулювання, належним інформаційним, матеріально-технічним, фінансовим, документальним та кадровим забезпеченням функціонуванням свідчить про оптимальну модель діяльності юридичної клініки, обрану її засновниками чи керівниками.

Усі існуючі в Україні юридичні клініки є унікальними у своєму роді та неподібними до інших клінік за багатьма факторами. Більше того, навіть в рамках одного вищого навчального закладу існуючі при відокремлених структурних підрозділах юридичні

⁶¹⁹ Про затвердження Типового положення про юридичну клініку вищого навчального закладу України : наказ Міністерства освіти та науки України від 03.08.2006 р. // Офіційний вісник України. — 2006. — № 32. — С. 680.

клініки можуть значно відрізнятися одна від одної за порядком створення, джерелами підтримання діяльності, організацією внутрішніх відносин, структурою тощо (наприклад, юридичні клініки при Національному університеті «Одеська юридична академія» та Миколаївському інституті права, Сімферопольському економіко-правовому факультеті, Черкаському факультеті цього навчального закладу).

Відмінності юридичних клінік за вищеперерахованими та деякими іншими критеріями дозволяє вести мову про їх різні організаційно-правові форми діяльності. Так, Стандартами юридичних клінік України (в редакції від 25.08.2005 р.), прийнятих Асоціацією юридичних клінік України, було передбачено лише дві організаційно-правові форми діяльності юридичних клінік: 1) у вигляді структурного підрозділу юридичного вищого навчального закладу чи факультету; 2) як формування при юридичному вищому навчальному закладі чи факультеті⁶²⁰. У той же час аналіз анкетних даних юридичних клінік — членів Асоціації юридичних клінік України дозволяє нам говорити про значно ширший спектр організаційно-правових форм діяльності юридичних клінік. Зокрема, А.О. Галай виокремлює такі організаційно-правові форми юридичних клінік: 1) структурний підрозділ вищого навчального закладу; 2) громадський підрозділ вищого навчального закладу; 3) організація студентської ініціативи та самоврядування; 4) форма співпраці недержавної правозахисної організації з вищим навчальним закладом; 5) тимчасове утворення конкретного проекту; 6) інші форми.

При цьому, юридичні клініки, які є тимчасовими утвореннями якогось конкретного проекту громадського об'єднання, благодійної організації чи інших юридичних осіб приватного права, не можна використовувати як бази для проходження практики студентами вищих навчальних закладів, а надання безоплатної правової допомоги в таких клініках не матиме постійного характеру та буде короткостроковим у часі; їх правове регулювання діяльності як таке є відсутнім. Юридична клініка у формі співпраці недержав-

⁶²⁰ Стандарти юридичних клінік України від 16.11.2003 р. (із змін та допов. від 25.08.2005 р.) : Асоціація юридичних клінік України. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://pravo.prostir.ua/library/412.html>. — Назва з екрану.

ної правозахисної організації з вищим навчальним закладом також не використовуватиметься як база для проведення практики студентів. Діяльність юридичної клініки як організації студентської ініціативи та самоврядування не здатна організувати навчальний процес, не може розраховувати на належне матеріально-технічне та фінансове забезпечення з боку вищого навчального закладу чи недержавної правозахисної організації, а також не в змозі забезпечити своє функціонування з дотриманням відповідних принципів діяльності юридичних клінік (зокрема, принципу компетентності та професіоналізму). Громадський підрозділ вищого навчального закладу «Юридична клініка» також не матиме належного матеріально-технічного та фінансового забезпечення, а в першу чергу — мотивованого персоналу співробітників (керівників, кураторів та лаборанта), оскільки відсутність гідної оплати праці не сприятиме участі в діяльності такої клініки професійних юристів.

У свою чергу, юридична клініка як структурний підрозділ вищого навчального закладу в повному обсязі використовуватиметься як база для практичного навчання та проведення навчальної практики студентів старших курсів, надання безоплатної правової допомоги малозабезпеченим верствам населення при дотриманні відповідних принципів діяльності юридичної клініки, за наявності правового регулювання її функціонування, а також інформаційного, матеріально-технічного, фінансового, документального та кадрового забезпечення виключно з боку навчального закладу, в структурі якого така клініка функціонує. Саме ця організаційно-правова форма є найбільш оптимальною моделлю діяльності юридичної клініки в Україні на сучасному етапі їх розвитку. Крім того, така організаційно-правова форма діяльності юридичної клініки знайшла своє відображення у нещодавно прийнятій новій редакції Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. Так, згідно з положеннями частини сьомої статті 33 цього Закону юридичні клініки можуть бути структурними підрозділами вищого навчального закладу⁶²¹.

Правовий статус юридичних клінік у структурі вищих навчальних закладів України юридичного профілю розкривається

⁶²¹ Про вищу освіту : Закон України від 1.07.2014 р. // Урядовий кур'єр. — 2014. — № 146.

також за допомогою системи принципів — основних ідей та базових положень, які закріплено нормативно та покладено в основу їх функціонування. Різноманіття принципів діяльності юридичних клінік, визначених як на нормативному, так і на доктринальному рівнях, дозволяє здійснити їх поділ на дві основні групи: загальні та спеціальні. До групи загальних принципів діяльності юридичних клінік слід віднести такі основні засади, які визначають особливості їх правового статусу, а саме: 1) конкурсний відбір студентів-клініцистів в юридичну клініку; 2) добровільність участі студентів у наданні правових послуг; 3) рівноправність студентів під час діяльності в юридичній клініці; 4) інформування відвідувачів юридичної клініки про правила роботи та особливості надання безоплатної правової допомоги; 5) звітність студентів-консультантів перед керівництвом юридичної клініки; 6) нагляд за якістю правових послуг в юридичній клініці з боку кураторів; 7) відповідальність кураторів юридичної клініки за надану студентами-клініцистами некваліфіковану правову допомогу. До групи спеціальних принципів діяльності юридичних клінік можна віднести ті принципи, які є характерними для юридичної клініки як суб'єкта надання безоплатної правової допомоги: 1) поваги до права, справедливості, людської гідності; 2) спрямованості на захист прав і свобод людини; 3) гуманізму; 4) законності; 5) верховенства права; 6) об'єктивності; 7) безоплатності надання правової допомоги; 8) конфіденційності; 9) компетентності та сумлінності.

За відсутності належного фінансування діяльності суб'єктів надання безоплатної правової допомоги в рамках державної системи, юридична клініка є однією з небагатьох реально діючих форм надання правової допомоги малозабезпеченим верствам населення. Юридична клініка структурно нагадує невелику юридичну фірму, в якій працює група студентів-консультантів під наглядом викладачів-кураторів і юристів-практиків. Самі ж студенти зацікавлені в отриманні практичних навичок у процесі такого консультування, які сприятимуть у майбутньому їхньому працевлаштуванню та подальшій кар'єрі⁶²².

⁶²² Журавський В. Юридична освіта в Україні : сучасний стан та напрями вдосконалення / В. Журавський, О. Копиленко // Право України: Юрид. журн. — 2004. — № 11. — С. 5.

У більшості юридичних клінік України існує поділ студентів, які беруть участь у їх діяльності, залежно від рівня теоретичних знань та практичних навичок, курсу навчання та періоду роботи в юридичній клініці, на дві категорії — консультанти та помічники консультантів. Наприклад, помічниками консультантів юридичної клініки Національного університету «Одеська юридична академія» є студенти 3-4 курсів денної форми навчання, які володіють теоретичними знаннями та необхідним мінімумом практичних навичок, але не мають права самостійно надавати громадянам консультації з правових питань. Помічник діє виключно під керівництвом консультанта у межах консультаційної групи та зобов'язаний виконувати його індивідуальні завдання щодо підбору законодавчих і нормативних джерел із питань консультування громадян, ведення статистичного обліку. Помічникові заборонено самостійно проводити інтерв'ювання та консультування відвідувачів юридичної клініки. Консультантами юридичної клініки цього університету є студенти 5-го курсу денної форми навчання (особи, які уже здобули освітньо-кваліфікаційний рівень «бакалавр»), які володіють необхідними теоретичними знаннями і практичними навичками та здатні самостійно надавати правову допомогу при методичній підтримці кураторів юридичної клініки⁶²³.

Як вбачається зі змісту Типового положення про юридичну клініку вищого навчального закладу України, а також багатолітнього досвіду юридичної клініки Національного університету «Одеська юридична академія» студенти, які беруть участь в діяльності цієї юридичної клініки, мають право: 1) одержувати знання та практичні навички для їх подальшого застосування на практиці та використання у майбутній професії; 2) одержувати матеріали справ та інформацію про справи, які веде юридична клініка, брати участь у їхньому обговоренні; 3) бути присутніми при розгляді справ, якими займаються інші студенти-клініцисти; 4) користуватися матеріально-технічною базою, бібліотекою та правовими базами даних юридичної клініки; 5) брати участь в акціях, кампаніях, проектах, програмах та інших заходах, організованих юридичною клінікою; 6) проходити на базі юридичної клініки

⁶²³ Положення про юридичну клініку Національного університету «Одеська юридична академія» / за заг. ред. акад. С.В. Ківалова. — О., 2011. — С. 24.

навчальну, виробничу, переддипломну та магістерську практики згідно з навчальним планом; 7) брати участь у вирішенні організаційних питань діяльності юридичної клініки та надавати пропозиції завідувачеві юридичної клініки щодо удосконалення роботи юридичної клініки; 8) звертатися до завідувача юридичної клініки чи інших співробітників юридичної клініки, а також викладачів університету з усіх питань, пов'язаних з їхньою діяльністю в юридичній клініці; 9) інші права, передбачені цим положенням та іншими документами з організації роботи юридичної клініки. Консультант, помічник консультанта та слухач цієї юридичної клініки зобов'язані: 1) відвідувати теоретичні заняття, семінари, тренінги, брати участь в інших заходах, що проводяться в межах роботи юридичної клініки; 2) успішно навчатися в університеті, постійно поглиблювати свої фахові знання та удосконалювати професійну майстерність; 3) утримувати робоче місце в належному стані, вести справи з дотриманням етичних норм та правил юридичної клініки, зберігати конфіденційність інформації, одержаної від відвідувачів юридичної клініки; 4) дотримуватися вимог цього положення та інших внутрішніх актів з організації роботи юридичної клініки, затверджених завідувачем юридичної клініки; 5) точно, вчасно і якісно виконувати доручення та розпорядження завідувача юридичної клініки, інші рішення та вказівки співробітників юридичної клініки, прийняті у межах їх компетенції; 6) брати участь у діяльності юридичної клініки та консультуванні громадян згідно із встановленим графіком; 7) згідно з дорученням завідувача юридичної клініки та відповідно до вимог чинного законодавства брати участь у веденні справ відвідувачів юридичної клініки у відповідних органах державної влади та місцевого самоврядування, їх установах та підприємствах, в інших організаціях (у тому числі, у судах); 8) у своїй діяльності керуватися принципами роботи і завданнями юридичної клініки; 9) надавати письмовий звіт про проведenu роботу та вести облік своєї діяльності; 10) дотримуватися правил користування матеріально-технічною базою та бібліотекою юридичної клініки; 11) виконувати вимоги правил техніки безпеки, пожежної безпеки та санітарних норм тощо. Неухильне дотримання та слідування етичним нормам та правилам юридичної клініки є обов'язковим для студентів-клініцистів та усіх співробітників.

ків юридичної клініки, а невід'ємною складовою етичних норм та правил юридичної клініки, затверджених завідувачем юридичної клініки, є Етичний кодекс юридичних клінік України, прийнятий на з'їзді Асоціації юридичних клінік України 25 серпня 2005 р.

До посадових обов'язків викладачів-кураторів юридичної клініки належить вирішення питання про прийнятність справи, її направлення до студента, забезпечення теоретичної підготовки, яка є складовою програми юридичної клінічної освіти, здійснення контролю за діяльністю студентів на відповідність правової допомоги вимогам законодавства і професійної етики. Робота кожної консультаційної групи по справі відвідувача юридичної клініки контролюється одним із кураторів з урахуванням обставин справи та галузевої приналежності правовідносин, що розглядаються. За необхідності куратор юридичної клініки бере участь у роботі консультаційної групи, а також може бути присутній при проведенні інтерв'ювання та консультування відвідувача, при участі студентів-клініцистів у судових засіданнях. Вручення відвідувачеві юридичної клініки правових довідок, правових висновків, процесуальних чи інших документів правового характеру є можливим лише після перевірки та погодження куратором змісту цих документів. Керівник юридичної клініки вправі обмежити надання студентами-клініцистами правової допомоги з окремих питань у разі, якщо кваліфікація кураторів юридичної клініки не дозволяє забезпечити якість та повноту цієї допомоги. Кількість кураторів юридичної клініки протягом одного консультаційного дня має бути такою, щоб забезпечити належний контроль за якістю та своєчасністю надання студентами-клініцистами правової допомоги. Досвід діяльності юридичної клініки Національного університету «Одеська юридична академія» свідчить, що співвідношення кількості кураторів юридичної клініки до кількості консультаційних груп не має бути більшим, ніж 1 до 8⁶²⁴.

Що стосується питання про правову відповідальність в юридичній клініці у разі надання відвідувачеві юридичної клініки не-

⁶²⁴ Юридична клініка : збірка нормативно-правових актів з організації діяльності / [С.В. Ківалов, Ю.М. Оборотов, М.І. Пашковський, М.Т. Лоджук] ; за заг. ред. д.ю.н., проф., акад. НАПрН України С.В. Ківалова. — Одеса : Фенікс, 2014. — С. 70.

кваліфікованої (неякісної) правової допомоги, то на сьогодні у науковій доктрині запропоновано два основні підходи до розв'язання цієї проблеми. Згідно з першим підходом, правову відповідальність за неякісну правову допомогу в юридичній клініці несе вищий навчальний заклад, у структурі якого така клініка функціонує, а згідно з другим — безпосередньо куратор юридичної клініки, яким було погоджено цю консультацію. При цьому усі вчені, хто досліджував цю проблематику, є одностайними в тому, що студенти-клініцисти не мають нести ніякої відповідальності за надану ними в юридичній клініці неякісну правову послугу за умови, що таку послугу було належним чином перевірено (погоджено) куратором. Що стосується розміру матеріальної шкоди, завданої неякісною правовою допомогою в юридичній клініці, то згідно з частиною другою статті 906 Цивільного кодексу України розмір збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням договору про безоплатне надання послуг, підлягають відшкодуванню виконавцем у розмірі, що не перевищує двох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо інший розмір відповідальності виконавця не встановлено договором.

Щодо можливості притягнення керівників юридичних клінік до дисциплінарної відповідальності з підстави порушення правил роботи (внутрішнього трудового розпорядку і т.п.) юридичної клініки, а кураторів — до матеріальної відповідальності через заподіяння вищому навчальному закладу збитків при виконанні ними своїх трудових (посадових) обов'язків, то, на нашу думку, така можливість також передбачена чинними положеннями трудового та цивільного законодавством України. Зокрема, згідно зі статтею 147 Кодексу законів про працю України за порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосовано заходи стягнення у вигляді догани та звільнення (при цьому законодавством, статутами і положеннями про дисципліну можуть бути передбачені для окремих категорій працівників й інші дисциплінарні стягнення), а відповідно до положень статті 1172 Цивільного кодексу України юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, завдану їхнім працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків⁶²⁵.

⁶²⁵ Лоджук М.Т. Юридичні клініки в Україні : освіта та правова допомога : монографія / М.Т. Лоджук. — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 65.

Саме тому під поняттям «юридична клініка» слід розуміти структурний підрозділ вищого навчального закладу України III-IV рівнів акредитації, що здійснює підготовку фахівців у галузі знань «Право», який утворено як базу для практичного навчання, проведення навчальної та інших видів практики студентів шляхом їх безпосереднього залучення до надання безоплатної правової допомоги населенню. Незважаючи на наявність окремих фундаментальних досліджень, юридична клініка як правовий інститут так і не отримала в Україні належної загальнотеоретичної розробки, що негативним чином відображається на її правовому та методичном забезпеченні діяльності, а тому спонукає до подальших наукових пошуків в цьому напрямку.

РОЗДІЛ 4

ВІД ІДЕЙ ДО ПОНЯТЬ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

4.1. СУЧАСНА ДЕРЖАВА: ВІД ОБРАЗУ ДО ПОНЯТТЯ

Швидкісний режим розвитку людини, суспільства і природи в ХХІ столітті визначає підвищення значення вдосконалення механізму дії права, інститутів і функцій держави.

Цікаво, що якщо по відношенню до права існує повне визнання дослідниками його позитивної ролі в розвитку сучасного суспільства, то держава в силу її амбівалентної природи⁶²⁶ (з одного боку, як потужного фактора суспільного прогресу, а з іншого боку, як деякої причини економічної стагнації і занепаду), уявляється як помилковий вид єдності, не здатної ефективно діяти в сучасних умовах (Ю. Хабермас).

Тлумачення ролі держави як минаючого актора політичного і соціального життя, а також затвердження, що в наш час самі поняття національного і державного перестають бути такими, що знаходяться поряд⁶²⁷, дисонують з міркуванням Ф. Фукуями про мистецтво побудови держави, яка в найближчий час буде ключовою складовою національної сили⁶²⁸.

Відчуття необхідності кардинальних змін в організації і діяльності держави присутні в багатьох публікаціях вітчизняних і зару-

⁶²⁶ Оборотов Ю.Н. Современное государство : основы теории : учебный курс / Ю.Н.Оборотов. — Одесса : Астропринт, 1998. — С. 122.

⁶²⁷ Семененко И.С. Дилеммы национальной идентичности : политические риски и социальные приобретения / И.С. Семененко // Полис. — 2009. — № 6. — С. 14.

⁶²⁸ Фукуяма Ф. Сильное государство : управление и мировой порядок в XX веке / Ф. Фукуяма. — М. : АСТ : АСТ Москва: Хранитель, 2006. — С. 200.

біжних філософів, політиків і юристів. Разом з тим у вітчизняній юриспруденції сфера державознавства залишається на задвірках. Якщо зазирнути в більшість підручників з теорії держави і права, то матеріал, який стосується держави, по суті, не змінився і зведений до розгляду поняття, форми, механізму і функцій держави. Очевидно, цим пояснюється пропозиція винести теорію держави за межі юриспруденції, розглядаючи її як сферу політології.

Однак при всіх змінах, що відбулись у взаємодії права і держави, зокрема, втрати державою монополії на право, навряд чи прийнятні спроби «роздержавлення» юриспруденції, оскільки з професійної точки зору юрист не тільки правознавець, але й державознавець.

Між іншим, констатуюча в філософській, політичній і юридичній літературі криза держави тісно пов'язана зі змінами, які відбуваються в самій державі, в її інститутах і функціях. По суті, триває процес формування нового образу держави і нової державної реальності. І дійсно, образ національної держави з його унікальною національною ідентичністю і стійким суверенітетом витісняється і поступається місцем образу сучасної держави. Процеси формування індивідуалізованого суспільства і вплив глобалізації призводять до посилення ерозії внутрішнього і зовнішнього суверенітету, збільшують кількість недержавних суб'єктів, які діють в державній сфері, держава втягується у вирішення глобальних проблем — екологічної, інформаційної, демографічної і т.д.

Сьогодні можна свідчити про актуальність проблематики сучасної держави, яка пов'язана зі змінами, що відбуваються в національній державі в епоху глобалізації, інформатизації та індивідуалізації суспільства, зокрема, це питання прозорості державних кордонів, фінансових контактів, розвитку електронної торгівлі, використання мережевих комунікацій в організації і діяльності держави.

У цілому правильним є оптимістичний прогноз про збереження стійкості держави в нових умовах її буття, за яким держава залишається головним учасником міжнародних відносин, хоча й змушена поступатися багатьма своїми позиціями. Зокрема, вплив недержавних учасників змушує державу змінювати режим здійснення влади. З'являються проблеми, які держава не може виріши-

ти самостійно, хоча й у держави зберігається потенціал для виходу до вирішення виникаючих проблем. У діяльності інститутів держави помітним є рух від бюрократії до менеджерства. Недержавні структури більш активно конкурують з державою, а державна влада все частіше делегує їм свої повноваження.

Зміни, які відбуваються **в сучасній державі, перш за все виражені в інституційних змінах.** Методологія цих змін пов'язана не з використанням, як було раніше, принципу проб і помилок, а ґрунтується на принципі запозичення позитивного досвіду. Тим самим постійно відбувається звернення до нормативно-правових основ організації і діяльності державної влади інших державних утворень і співтовариств держав з тим, щоб перевести ці зміни до нормативів власного законодавства, яке забезпечує ефективну організацію і функціонування інститутів держави. Часто відбувається пряме запозичення окремих інститутів держави. Зокрема, в Україні відоме запозичення інститутів президента, омбудсмена, рахункової палати та ін.

Сучасна держава характеризується специфікою суб'єктного наповнення свого механізму. Народні депутати, державні службовці, судді повинні мати певну освітню, культурну і професійну підготовку, яка необхідна для займання ними свого місця в системі інститутів державної влади.

Серед ознак сучасної держави поряд з такими атрибутивними підставами її існування, як державний народ, державна територія і державна влада, виділяється така ознака, як визнання іншими державами, міжнародною спільнотою. Момент визнання міжнародною спільнотою має нормативно-правове значення і визначає перетворення існуючої державності на сучасну державу.

Слід підкреслити, що нормативно-правова оцінка держави як сучасної закладена в такій її ознаці, як закріплення і реалізація прав і свобод людини. Крім того, правова підстава існування сучасної держави зумовлена не тільки її конституційністю (законністю), але й легітимністю, яка дозволяє змінити існуючу державну владу при втраті нею цієї легітимності, тобто для сучасної держави характерною є ознака легітимності, якою виступає підтримка державної влади народом.

Зазнає змін традиційна ознака держави — суверенітет, який в умовах глобалізації та індивідуалізації суспільства обмежується

по зовнішніх і внутрішніх напрямках: як незалежність від інших держав, державних і недержавних утворень, і як верховенство державної влади у відносинах центру і периферії, іншої влади. Особливо значимими ситуаціями, які обмежують суверенітет, виступають входження держави в співтовариства (наприклад, ЕС), а також створення в державі системи місцевого самоврядування.

Для сучасної держави характерною є тенденція відмови від державної власності на користь приватної (корпоративної) власності, що не тільки підтверджує податкову природу сучасної держави, але й дає підставу говорити про її перетворення із держави — власника (бюрократичної), на державу з обмеженою державною власністю (податкову).

Сучасна держава, не зважаючи на тісний зв'язок з правом, який зберігається, втрачає монополію на право, яка складалась століттями. Це визначається не тільки тим, що сучасна держава стає правовою державою, тобто діє на підставі права і у відповідності з правом. Важливим є включення недержавних інститутів (корпорацій, місцевого самоврядування) у процеси правотворчості на локальному рівні. До того ж, у наш час складається така система джерел права, яка формує правовий плюралізм, який ще більше обмежує державну владу по відношенню до права.

Усі ці зміни в державі свідчать, що образ національної держави поступово заміщується образом сучасної держави, який відповідає внутрішнім і зовнішнім критеріям державної діяльності в сучасну епоху.

Між іншим, сам образ сучасної держави отримує свою конкретизацію в системі образів, які формуються новими умовами існування держав. Техносфера, яка склалась як найвищий матеріальний результат всієї попередньої еволюції людства, формує відмінності образів сучасної держави, одночасно вибудовуючи їх ієрархію в системі функціональних, структурних і інституційних зв'язків. Характерно при цьому, що визначального значення для існування держави набуває центральний конфлікт нинішньої епохи, виражений в протиставленні глобального і локального. Здатність держави бути ефективною в такому протиставленні виражена в гнучкості регіональної політики, яка проводиться центральною державною владою. Тут проглядаються можливості збереження

національної ідентичності і внутрішньої цілісності при певному обмеженні суверенітету у взаємодії з багатьма партнерами. Не випадково все більше поширюється термін «глокалізація» як поєднання прозорості кордонів і подолання національних відмінностей зі збереженням своєї власної культури і відособленості.

Спеціалістами з глобалістики розглядається трансформація державних форм і виділяється чотири типи держав, які одночасно співіснують у глобальному світі: класична форма держави, держава в економічних рамках, необмежена держава, держава в державі⁶²⁹. Одна з найважливіших проблем глобалізації виражена в тому, що інститути і практика сучасної демократії, які виникли в рамках національної держави, погано пристосовані до умов світу, що глобалізується. При цьому зміни в національній державі підштовхуються як надбудованими над ними «транснаціональними склепіннями», так і збільшенням центрів ефективних рішень на нижніх поверхах національної держави, що відкриває простір для локалізації і фрагментації державної влади.

Сучасна держава з важкістю зберігає свою національну ідентичність, оскільки руйнуюче значення для державної системи, яка склалась, мають транснаціональні корпорації, недержавні організації, самовизначення нових націй, а також міграція населення. Дуже серйозні проблеми для традиційних інститутів і функцій держави створює розвиток сфери інформації. Всесвітня інформаційна мережа — інтернет — дозволяє будь-якому суб'єкту реалізувати інформаційні контакти з зовнішнім світом, крім держави і її інститутів. При цьому вбудовування держави в систему глобальних зв'язків і залежностей не лише розмиває суверенітет держави, але й доповнює рівень державного регулювання по вертикалі муніципальним, регіональним, міждержавним, міжнародним, і нарешті, глобальним регулюванням.

Можна виділити такі образи сучасної держави, що склались, за сферами забезпечення техносфери⁶³⁰:

⁶²⁹ Костров Э.Г. Глобалистика — новая отрасль гуманитарного знания / Э.Г. Костров // Право и политика. — 2002. — № 7. — С. 127.

⁶³⁰ Косолапов Н.А. Международно — политическая организация глобализирующегося мира: модели на среднесрочную перспективу / Н.А.Косолапов // Общественные науки и современность. — 2001. № 6. — С.140 — 151.

1) держави, які знаходяться у визначених структурних відносинах і які складають власне техносферу, — техносферна держава;

2) держави -реальні претенденти на входження до техносфери за рівнем розвитку або за виконуваними для техносфери життєво необхідними функціями — претендуюча держава;

3) держави, необхідні техносфері як джерела енергоресурсів або сировини, або як наймісткіші ринки — сировинна держава;

4) держави, функції яких по відношенню до техносфери можуть виконувати інші держави — замінна держава;

5) держави, байдужі для існування і життєдіяльності техносфери — непотрібні держави;

6) держави, ворожі до техносфери або до держав, які в неї входять, які підкріплюють цю ворожість діями або можливістю нанесення шкоди — ворожі держави.

Важається, що зростаючі інтеграційні процеси породжують як реальну, так і уявну схожість з державою. За цих умов привабливість формування образу сучасної держави не викликає сумнівів, дозволяючи стверджувати збереження державою своєї унікальності, не дивлячись на втрату різних характеристик національної держави. Національна держава багато в чому виявилось «будівельним матеріалом» не тільки для становлення міжнародних та регіональних союзів нашого часу, але й для формування сучасної держави⁶³¹.

Характерно, що, з одного боку, образ сучасної держави транслює поширену ілюзію, ніби громадянин здатний тримати в руках, контролювати або змінювати державну владу, використовуючи існуючі демократичні інститути і систему народовладдя. З іншого боку, образ сучасної держави пов'язаний з подоланням недоліків демократії, очевидних в образі національної держави, оскільки сьогодні необхідно забезпечити ефективність державного управління, що неминуче пов'язано із залученням до управління кращих суб'єктів з еліт, а це націлює на затвердження аристократичних початків в організації та діяльності сучасної держави. Сучасна держава виявляється здатною поєднати в собі компоненти традиційних форм держави і нові інтегративні та ієрархізовані зв'язки, в яких проходить сучасне державне буття.

⁶³¹ Тихомиров Ю.А. Государственно-правовые интеграции / Ю.А. Тихомиров // Право и политика. — 2002. — № 6. — С. 47 — 51.

Необхідність здійснення державної діяльності в рамках соціуму і у взаємозв'язку з іншими державами при існуючій активності взаємовідносин держав на міжнародній арені створює умови для формування, разом із силовою політикою, так званої іміджевої політики. Вона є специфічним способом взаємодії сучасної держави з навколишнім середовищем в умовах інформаційної революції, інструментом набуття сумісності держави з глобалізованим світом. Іміджева політика спрямована на трансформацію існуючих уявлень про національну державу в образ сучасної держави, який відповідає міжнародним стандартам прав людини, особливостям самосприйняття держав в сучасному світі.

Помітимо, що як і національна держава, сучасна держава повинна забезпечувати стійкість течії процесів, об'єктивно нестійких без управління, і не викликати втрату стійкості об'єктивно стійких процесів під впливом неспроможності управління⁶³².

Для сучасної юриспруденції відповідь на питання про те, як досягається стійкість самої держави, має принципове значення. Звідси необхідність використання закону гомеостазису (стійкості), який установлює умови існування доцільної єдності цілісності, стійкості складу та властивостей їх динамічної сталості. Будь-яка організаційна система по-різному реагує на дестабілізаційний вплив як зовнішній (засухи, повені, стихійні лиха, торгові війни, економічні санкції і т.ін.), так і внутрішні (міжнаціональні і міжконфесійні конфлікти, сепаратизм, страйки, революції і т.ін.), при цьому одні держави долають ці лиха, мобілізуючи свої ресурси і проводячи реформи, спрямовані на підвищення ефективності організації, інші ж держави впадають в ситуацію дезорганізації, деградації і навіть загибелі⁶³³.

Формування сучасної держави пов'язано з її здатністю як організаційної системи протистояти зовнішнім та внутрішнім збуджуючим факторам, стабілізувати свій рух опорою на стійкість держави. Згідно із законом гомеостазису (стійкості), стійкі організації здатні ефективно мобілізувати свої ресурси на підтримку рівноваги або цілеспрямованого руху при виникненні зовнішніх

⁶³² Петров В. К. Селеванов С.Г. Устойчивость государства / В.К. Петров, С.Г. Селеванов. — М. : Экономика, 2005. — С. 475-476.

⁶³³ Там само. — С. 229.

або внутрішніх обурюючи впливів. Характерно, що з цього закону гомеостазису (стійкості) витікають три типи стійкості: 1) статична стійкість, яка пов'язана зі станом рівноваги (спокою) складу, структури або будови держави; 2) функціональна стійкість, тобто здійснювані державою функції та їх параметри, які не виходять під впливом обурень за свої межі; 3) динамічна стійкість як доцільне, без суттєвих збоїв, покращення функцій і структури держав⁶³⁴.

Однією з важливих складових стійкості виступає його інституційна структура. Не випадково сьогодні відмічається розвиток інституційної конкуренції між різноманітними державами, яка змушує держави «імпортувати» більш ефективні інститути інших держав⁶³⁵. Саме таке запозичення стає серйозним фактором подолання відставання в розвитку сучасної держави і досягнення нею стійкості. На жаль, стосовно постсоціалістичних державам відзначається «неефективний» імпорт інститутів, який зумовлений традиційним пануванням бюрократії, неконтрольованістю владних відносин та існуванням неправових практик. Здійснення інституційних змін в сучасній державі спрямоване на її стійкість, оскільки інституціоналізація забезпечує обособлення і фундаментування найрізноманітніших сфер: від сім'ї і засобів масової інформації до науки. Інституціоналізація сучасної держави нерозривно пов'язана з комунікативною сферою. Більше того, комунікація виступає механізмом самоконструювання держави, відтворення різноманітних його параметрів, а особливості комунікативної складової діяльності держави суттєво відображаються на розпорощенні влади, збільшенні ризиків і витрат управління⁶³⁶.

Таким чином, проблема стійкості держави отримує свою більш розгорнуту характеристику при переході від інституційної межі до комунікативної межі сучасної держави. Якщо інституційна сфера сучасної держави принципово безлика, то його комунікативні зв'язки, наповнені діяльністю конкретних осіб з їх мотивами,

⁶³⁴ Петров В. К. Селеванов С.Г. Вказ. твір. — С. 269.

⁶³⁵ Либман А.С. Институциональная конкуренция и постсоветская трансформация (влияние неформальных институтов) /А.М. Либман // Общественные науки и современность. — 2006, № 6. — С. 53-54.

⁶³⁶ Соловьев А.И. Трансъячейные структуры как форма строения и источник саморазвития государства. / А.И. Соловьев // Полис. — 2006. № 6. — С. 62.

ресурсами і каналами передачі інформації, досить персоніфіковані і опрідмечені. Як справедливо відзначено, майбутнє держав нерозривно пов'язане з культурно обумовленою формою комунікації, і тільки комунікація здатна привести функції держави у відповідність до потреб громадянського суспільства⁶³⁷. Стійкість держави залежить не лише і не стільки від організації держави, його інституціоналізації, скільки від тих цінностей і цілей, якими керуються управляючі і ті, ким управляють.

Проблематика стійкості сучасної держави тісно пов'язана зі здійснюваними класифікаціями сучасних держав залежно від їх ефективності на сильні, слабкі, ті, які розпадаються і розпалися. При цьому слабкі, ті, які розпадаються і які розпалися, якраз не мають необхідної стійкості. Тут можуть бути виділені різноманітні критерії нестійкості сучасної держави, зокрема, нелегітимність влади, неефективність інститутів у бюрократії, розлад правопорядку і ряд інших, які багато в чому залежать від менталітету і традицій. У той же час територіальний розпад держави — очевидний індикатор краху сучасної держави на відміну від усіх перерахованих⁶³⁸.

Серед причин утрати стійкості сучасної держави, які призводять до її розхитування, називають підвищення ролі недержавних і псевдодержавних утворень. При цьому монополія державної влади значно послаблюється або зовсім руйнується, а держава не в змозі визначати і контролювати діяльність недержавних суб'єктів, забезпечувати стійкий порядок і безпеку на своїй території. Зокрема, для слабких держав де-факто безпека стає справою самих громадян⁶³⁹. Оскільки жодна держава не діє за всіма напрямками свого буття однаково добре чи однаково погано, то розпад сучасної держави не пов'язаний з одночасною неефективністю всіх її інститутів. Визнальне значення набуває здатність держави в цілому ефективно діяти на протязі довгого часу.

⁶³⁷ Соловьев А.И. Трансъячейные структуры как форма строения и источник саморазвития государства. / А.И. Соловьев // Полис. — 2006. № 6. — С. 78-80.

⁶³⁸ Малек Мартин. Распад государства и его значение для международных отношений (категории и метод теоретического анализа) / Мартин Малек// Вестник Московского университета. Серия 12. Политические науки. — 2006. — № 3. — С. 86-87.

⁶³⁹ Там само. — С. 88-92.

При характеристиці сучасної держави використовується розгляд її статичної і динамічної⁶⁴⁰. Статика сучасної держави виражена в формах правління і формах державного устрою, а також в інституціональному закріпленні держави. Новели, пов'язані зі статикою сучасної держави, продовжують традицію розподілу держав на монархічні і республіканські, підкреслюючи конституційні і парламентські форми їх існування. У цьому зв'язку конституційна монархія, президентська і парламентська республіка як форма правління сучасної держави отримує своє відображення в цивілізаційних, релігійних і національних особливостях.

Для форми державного устрою сучасної держави характерним є використання децентралізації влади, яка виражена в зміні компетенції центру (скорочення повноважень) відносно периферії, укріпленні і розвитку регіонального державного управління (регіоналістська держава) і місцевого самоврядування. Не випадково, що на основі існуючих державних форм територіальної організації суспільства все більше затверджується розподіл сучасних держав на унітарні, федеративні і регіоналістські.

Інституціоналізація сучасної держави пов'язана, по-перше, з існуванням нормативно-правової основи для різноманітних державних органів, підприємств і організацій, і, по-друге, з їх організаційною відособленістю у вигляді парламенту, уряду, міністерств, відомств, підприємств та організацій.

У сучасній державі кардинальні зміни виражені в її динаміці, яка охоплює такі характеристики держави, як державний режим і номенклатуру функцій держави. Що стосується державного режиму, то слід розрізняти його з політичним режимом, проблематика якого відображається в таких особливих його різновидах, як демократичний режим і недемократичний режим, в яких задіяні різноманітні суб'єкти політичного життя. Державний режим і його специфіка прив'язані до самої держави і його інститутів. Звідси розподіл державних режимів сучасних держав залежно від ролі держави в житті соціальної цілісності на етатистські і неетатист-

⁶⁴⁰ Общеуоретическая юриспруденция : учебный курс : учебник / Под. ред. Ю.Н. Оборотова / Ю.Н. Оборотов. — О.: Фенікс, 2011. — С. 340.

ські⁶⁴¹. Може використовуватись розподіл сучасних держав залежно від центрування державної влади у відповідних державних інститутах на парламентські (парламент), президентські (президент), урядові (уряд).

Найяскравіше динаміка сучасної держави виражена в здійснюваних нею функціях. Для сучасної держави, яка існує у постійній взаємодії з іншими державами, з наддержавними і недержавними структурами, зовнішні функції є продовженням внутрішніх функцій і навпаки. Не випадково, що часто підкреслюється ця зміна в державі як втрата значення розподілу функцій держави на внутрішні і зовнішні. У той же час в сучасній державі традиційні функції держави набувають нові характеристики, які відображають зміни в сучасному світі, суспільстві і людині. Не можна побачити появу нових функцій сучасної держави, які раніше існували лише в зародковому вигляді. До таких нетрадиційних функцій сучасної держави, які додатково розфарбовують державу як сучасну, слід віднести правозахисну функцію, інформаційну функцію, функцію управління державним боргом, функцію боротьби з корупцією і деякі інші.

Наостанок можна констатувати, що зміни, які відбуваються в державному житті сучасного суспільства, свідчать про витіснення образу національної держави образом сучасної держави, формування нових ознак держави, затвердження особливостей статичності і динаміки держави, укріпленні стійкості держави — всього того, що дозволяє державі в умовах глобалізації і індивідуалізації суспільства бути і залишатися сучасною.

4.2. ПОНЯТТЯ І ВИДИ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ

У сучасній загальнотеоретичній юриспруденції концепт правового режиму знаходить своє доктринальне вирішення і застосування у дослідженнях проблем національної правової системи, системи права, соціальної дії права. Проте необхідно визнати, що наукові розробки правового режиму перебувають у прямій залежності від результатів правової практики, де необхідно виділити

⁶⁴¹ Джолос С.В. Етатиські основи державності / С.В. Джолос. — Черкаси : Вид. Ю. Чебаненко, 2013. — С. 212.

правотворчість. Такі наукові розробки активно впливають на практику, у тому числі на складний процес здійснення правотворчості. Законодавець упродовж десятиліть використовує юридичну конструкцію правового режиму за умов, що наукова ідея правового режиму у вітчизняній юриспруденції розвивається досить активно лише в останні роки за рахунок, зокрема, доробок представників Одеської школи права. Помилково стверджувати про відсутність гносеологічної платформи правового режиму в юриспруденції. Тим більше, що набули розвитку ідеї основних галузевих правових режимів, і це стосується, перш за все, конституційно-правового, адміністративно-правового та цивільно-правового режимів.

Особливий науковий інтерес має той факт, що основи теоретичних досліджень правових режимів закладені у роботах учених, які представляють різні, а часом протилежні напрямки наукової юридичної думки. Йдеться, насамперед, про розробки С. С. Алексєєва, В. Б. Ісакова, В. С. Нерсисянца, О. В. Сурілова. Значну увагу теорії та практиці правових режимів приділили у своїх роботах О. В. Малько, М. І. Матузов. Власне бачення проблеми правових режимів продемонстрували О. Ф. Скакун, Ю. М. Оборотов, Г. К. Варданянц, Ю. О. Тихомиров, В. І. Никитинський. Привертає увагу загальнотеоретичний дискурс правового режиму, який провели Е. Ф. Шамсумова, О. С. Родіонов, А. С. Спаський.

Для розкриття змісту правового режиму та розуміння його багатофункціональної належності у наукових дослідженнях необхідно виділяти декілька методологічних рівнів: 1) державно-правовий - правовий режим розглядається як політико — правова категорія, що розкриває зміст державного режиму; 2) соціологічний — правовий режим розкриває характер та особливості впливу права на комунікативні зв'язки у суспільстві, на суспільні відносини; 3) публічно-правовий (адміністративно-правовий) — правовий режим демонструє ознаки, які характеризують державне управління соціальними процесами; 4) юридичний (власне правовий) — вплив правового режиму на формування або ж інституціалізацію права у правовій системі, спеціалізація права у національних системах права, розкриття сутності права як нормативно-ціннісного соціального регулятора, заснованого на конфліктній природі правових явищ.

Методологічні рівні правового режиму утворюють наукову основу для досліджень та водночас відображають його багатогранність.

Неможливо не погодитися з цілком вірною думкою про те, що політико-правовий режим, по суті, є комбінацією двох полярно протилежних принципів організації соціальних відносин — авторитарності та демократизму (В. П. Казимирчук). Йдеться саме про політико-правовий режим, тому що політичні ознаки у цьому поєднанні є занадто важливими і такими, що визначають залежність правового режиму від виписаних політичною системою правил.

Соціологічне розуміння правового режиму проходить через сприйняття впливу права на суспільні відносини і на соціальне управління, включає такі елементи соціального управління, як правове адміністрування, правове регулювання, правовий контроль. Таке бачення правового режиму дозволяє повною мірою охарактеризувати правове регулювання як різновид соціального регулювання, що здійснює стабілізуючу дію на суспільну систему⁶⁴². Соціологія права у розкритті ознак і характеристик правового режиму зосереджує увагу на суспільних відносинах, на комунікативних зв'язках між суб'єктами соціальної дії, а відтак визначає телеологічні особливості права, наближує до розуміння живої природи права, як важливого соціального регулятора.

У публічно-правовій (адміністративно-правовій) доктрині правового режиму увага перенесена на необхідність вибору комплексного підходу з метою досягнення визначеної адміністративно-правової мети як показника ефективності публічно-правового регулювання. У цьому важливому публічному процесі застосовується певна, завжди конкретно визначена сукупність публічних галузей права. Саме тому обґрунтовується думка про необхідність вирішення проблеми введення (постійно або ж тимчасово) юридичних режимів регулювання через використання комбінації публічно-правових норм⁶⁴³. У публічному праві правовий режим проявляється

⁶⁴² Варданянц Г.К. Социологическая теория права: монография / Г.К.Варданянц. — М.: Академический Проект, 2007. — С. 234.

⁶⁴³ Тихомиров Ю.А. Управление на основе права / Ю.А.Тихомиров — М.: Формула права, 2007. — С. 91-93.

ся по-особливому, стає важливим чинником, орієнтує на використання права у соціальному управлінні, розкриваючи його сутнісну залежність від держави, і навпаки — повну залежність механізму держави від права у вирішенні завдань соціального управління, визначає роль і місце держави у здійсненні правового регулювання не лише управлінських процесів, але й поведінки громадян.

У загальнотеоретичній юриспруденції правовий режим традиційно пов'язують з правовим регулюванням, впливом права на соціальну комунікацію, з вирішенням складних питань щодо формування системи права, визначення її елементів, внутрішньої структури. Саме тут ми можемо виокремити юридичні ознаки правового режиму серед інших чинників, які формують правове буття соціальних спільнот та окремих індивідів.

Відтак, парадигма правового режиму присутня у лібертарно-юридичній доктрині права. В. С. Нерсисянц під правовим режимом розумів усталений у сфері правової регуляції особливий правопорядок, який визначається сукупністю однопорядкових (за їх регулятивно-правовими ознаками і характеристиками) норм права, що складають право відповідної галузі або предмет галузевого правового регулювання. Предмет галузевого правового регулювання, галузевий правопорядок, галузеве право — складові предмети загального правового регулювання, загального правопорядку та усієї системи права в цілому⁶⁴⁴. Таким чином, поняття правового режиму у лібертарно-юридичній доктрині фактично ототожнено з предметом правового регулювання, під яким В. С. Нерсисянц пропонує розуміти сукупність однорідних норм права.

О. В. Сурилов виокремив соціальний аспект зазначеної проблеми та висловив думку про правовий режим різних суспільних відносин, характеризуючи його як : 1) юридичну опосередкованість певних відносин; 2) їх формально-логічну визначеність; 3) системність та відносну стабільність⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов / В.С. Нерсисянц — М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА — М., 1999. — С. 436-437.

⁶⁴⁵ Сурилов А.В. Теория государства и права: Учеб. пособие / А.В.Сурилов — К.; Одесса: Выща шк., 1989,- С. 207.

Більш деталізовано проведено розробку теоретичних проблем правового (юридичного) режиму у працях С. С. Алексєєва, В.Б. Ісакова, а результати цих розробок покладено до основи визначення галузі права. На думку С. С. Алексєєва, під юридичним режимом необхідно розуміти особливу цілісну систему регулятивного впливу, яка характеризується специфічними прийомами регулювання, особливим порядком виникнення і формування змісту прав та обов'язків, їх реалізації, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також — дією єдиних принципів, загальних положень, які поширюються на дану сукупність норм⁶⁴⁶. С. С. Алексєєв зосередив увагу на тих якостях правового режиму, які стосуються виключно юридичного конструювання механізмів правового впливу на складний процес виникнення та існування змісту прав і обов'язків, що є типовим для нормативного або ж позитивістського розуміння права. Подібну позицію стосовно правового режиму висловлював В. Б. Ісаков, а у подальшому ця наукова позиція була підтримана і розвинута М.І. Матузовим та О. В. Мальком⁶⁴⁷.

Таким чином, юридичне бачення правового режиму наближує до визначення його місця і ролі у складному процесі впливу права на соціально - комунікативні зв'язки, суспільні відносини, встановлення прав і юридичних обов'язків, забезпечення їх відповідно реалізації і виконання за рахунок можливостей права, у тому числі шляхом визначення відповідальності, правового примусу. Отже, можливості правового режиму, як це демонструють більшість науковців, є значними, що проявляється, насамперед, у формуванні права. Але ми при цьому не знаходимо відповіді на основне питання — яким є процес формування права, його системи і яким є, власне, зміст правового режиму. Відсутнім залишається науково-обгрунтоване визначення правового режиму.

Маємо визнати, що для сучасної української юриспруденції надзвичайно актуальним залишається загальнотеоретичне осмислення проблем, які стосуються дослідження нормативної та інституціональної складових правової системи, за рахунок чого дослід-

⁶⁴⁶ Алексєєв С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / Алексєєв С.С. — М.: "Статут", 1999. — С. 250-251.

⁶⁴⁷ Матузов Н. И. Правовые режимы: Вопросы теории и практики / Н.И.Матузов, А.В.Малько А. В. // Правоведение. -1996. — № 1. — С.16-20.

ницьке поле правового режиму не лише суттєво розширюється, але й отримує своє конкретне вираження.

Нормативна складова правової системи поглинається системою права, водночас право не мислиться без сприйняття його як складної системи зі своєю особливою джерельною базою⁶⁴⁸. Система права має певні закономірності утворення, функціонування, структуризації на інституційні групи з чіткими ознаками систем нижчого порядку порівняно із системою права. Такими системними інституційними утвореннями, як відомо, є галузі права, підгалузі та інститути (субінститути) права.

Серед українських науковців намітилась певна однотайність у розумінні складових системи права, проте залишається достатньо дискусійним питання щодо розуміння закономірностей виникнення, формування не лише галузей права, але й їхніх структурних елементів.

Питання системотворення права є досить важливим і не виправдано зводити його лише до рівня наукових дискусій, які не дають матеріалів для правової практики, не розкривають соціального призначення права і юридичної опосередкованості соціальних комунікацій.

Для юридизації соціальних комунікацій виявляється необхідним певний правовий інструмент, і таким інструментом, витребуваним на усіх етапах життя права, стає правовий режим.

Не дивно, що у визначенні основ утворення системи права науковці традиційно зосереджували свою увагу на предметі і методі правового регулювання. Саме таке вирішення цієї важливої проблеми є зрозумілим та містить прості, але достатньо переконливі аргументи - тій чи іншій групі суспільних відносин (предмет правового регулювання) притаманні певні прийоми, способи правового регулювання (метод правового регулювання). Проте залишається на вирішенні питання — чому саме та чи інша група суспільних відносин (соціальних комунікативних зв'язків) вимагає застосування конкретних способів правової регуляції. До того ж у системі права існує чимало таких системних утворень, які не піддаються раніше існуючому загальному сприйняттю наукових по-

⁶⁴⁸ Дія права: інтегративний аспект : Монографія / Кол. авторів ; відп. ред. Н.М. Оніщенко. — К.: Юридична думка, 2010. — С. 32.

ложень щодо їх формування та дії. Насамперед це стосується міжгалузевих інститутів права, комплексних галузей права, на чому у тій чи іншій мірі зосередили увагу П. М. Рабінович, О. Ф. Скакун, Ю. М. Оборотов та інші науковці.

Дійсно, важко, орієнтуючись лише на предмет і метод правового регулювання, пояснити природу виникнення, існування у системі права таких міжгалузевих системних утворень, як право власності, інститут матеріальної відповідальності, право соціального страхування, право державної служби, екологічне, транспортне, військове право тощо. Звідси — цілком закономірною виявляється концепція міжгалузевих інститутів, комплексних галузей права, не сприйняття якої окремими науковцями нічим іншим, як консерватизмом у розумінні основ утворення та існування системи права пояснити неможливо, і яка, власне, не дає остаточної відповіді на питання щодо впливу предмета і метода правового регулювання на формування системи права.

За таких обставин не дивно, що свого часу В. С. Нерсисянц, О. В. Сурілов, інші науковці підходили до вирішення проблеми системотворення права через інші чинники, а С. С. Алексєєв, визначивши таким чинником правовий режим, обмежив його традиційною характеристикою предмета, метода правового регулювання. Проте недостатньо засвідчити особливості правового регулювання, пов'язавши це з існуванням певних правових форм, та визначити такі правові форми, як правові режими, що продемонстрували останнім часом окремі дослідники, зокрема Е. Ф. Шамсумова, А. С. Спаський. Важливим є встановлення змісту правового режиму, його сутнісних характеристик, функціонального призначення у національній правовій системі, у тому числі стосовно формування системи права, її окремих галузей, внутрішньогалузевих утворень, що цілком вірно відмічає Ю. М. Оборотов⁶⁴⁹. Насамкінець, визначальним є наукове поняття концепту «правовий режим», який однаково діє або ж працює у правотворенні та у правореалізації, правозастосуванні. Відомо, що етимологічне значення категорії режим розкривається через його походження від французького *regime* або ж латинського *regimen* — управляти та має декілька тлумачень,

⁶⁴⁹ Оборотов Ю.М. Теорія держави і права (прагматичний курс): Екзаменаційний довідник / Ю.М.Оборотов — Одеса: Юридична література, 2005. — С.41.

одне з яких — система заходів, правил, що запроваджується для досягнення певної мети. Відтак, необхідно визнати, що сутність правового режиму полягає у нормативному визначенні правил поведінки суб'єктів соціальної комунікації (суспільних відносин), тих правил, які дозволяють досягти певної соціально обумовленої та значущої для цих суб'єктів мети. Тобто йдеться фактично про складний процес правового регулювання, впливу права на поведінку соціальних гравців, якими є соціальні групи та індивіди, і у цьому процесі повною мірою задіяний правовий режим.

Системотворення права є результатом впливу права на соціальну поведінку суб'єктів із застосуванням притаманних праву способів, засобів. Тема правового впливу на соціальну комунікацію або ж правового регулювання є занадто широкою та багатогранною. Проте зосередимо увагу лише на системотворенні права, визнавши, що система права є результатом правового оформлення соціально-комунікативних зв'язків, суспільних відносин. Відтак, правове регулювання, правовий вплив на соціальну комунікацію у будь-якому разі містить, і з цим неможливо не погодитися, конкретизований соціальними умовами предмет та визначений самим правом метод. Поза увагою залишається прогнозований правом результат його дії — мета правового регулювання. Однак у своєму поєднанні предмет, метод і мета правового регулювання утворюють правовий режим, концепт, у пошуках якого ми знаходимо вирішення важливої проблеми основоположних питань системотворення права.

Отже, загальнотеоретичні дослідження правового режиму наближують наукове вирішення складного питання стосовно формування системи права, її окремих елементів. Зміст правового режиму якраз і складають предмет, метод і мета правового регулювання. Саме поєднання предмета, метода і мети правового регулювання дозволяє виокремити певну системну сукупність норм права як галузь, комплексну галузь, підгалузь, інститут, субінститут, міжгалузевий інститут. Виключно у такий спосіб відбувається інституціоналізація права, право набуває чітких ознак інституційного утворення. Використовуючи існуючі напрацювання, можна зробити висновок про те, що правовий режим не лише характеризує вплив або ж дію права на суспільні відносини, демонструє зміст права, але й активно формує систему права та її компоненти.

Правовий режим утворює необхідні та достатні умови для правового існування суспільних відносин, які набувають правових ознак унаслідок дії права. Можна стверджувати, що правовий режим — це фактичний стан правової урегульованості соціальної комунікації, суспільних відносин відповідно до мети, яку поставили перед собою суб'єкти соціальної активності, та є водночас наслідком дії вибраних ними методів урегулювання міжсуб'єктних відносин. У зв'язку з цим важливим залишається вибір способів, засобів, прийомів правового регулювання (метода регулювання), які б адекватно відповідали потребам тих чи інших соціальних комунікацій (суспільних відносин), учасниками яких є зацікавлені суб'єкти.

Правовий режим — це умови існування права у просторовому вимірі, у процесі активного впливу права на суспільні відносини, тобто у здійсненні правового регулювання. Правовий режим створює необхідні та достатні умови для існування права і відбувається це, насамперед, шляхом формування національної системи права.

Отже, змістовно правовий режим утворюють елементи, які постійно задіяні у розкритті регуляторної сутності права. Такими елементами є : 1) об'єктивована сфера дії права — визначена у соціальному просторі сукупність, група соціальних комунікативних зв'язків (суспільних відносин), які складають предмет правового регулювання; 2) системний, взаємообумовлений логічними зв'язками набір способів, прийомів регуляторної дії права стосовно тієї чи іншої системної сукупності суспільних відносин — метод правового регулювання; 3) певний соціально — значущий результат дії права, яким є мета правового регулювання.

Правовий режим проймає наскрізь матерію права, формуючи його систему, визначаючи у її складі певні нормативні утворення із системними ознаками. Правовстановлення (встановлення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників соціальних комунікативних зв'язків (суспільних відносин) здійснюється, насамперед, через використання правового режиму. Водночас реалізація права, застосування правових норм, використання суб'єктивних прав, виконання юридичних обов'язків не можуть відбуватися без урахування особливостей правового режиму та поза межами його впливу.

Дослідження правового режиму, його природи, сутності вимагає використання системного та інституціонально-функціонального наукових підходів. Онтологічні складові правового режиму засвідчують їх взаємопроникаючий інституціонально-функціональний характер.

Інституціалізація правового режиму полягає у виокремленні сукупності однорідних за своїм змістом та належністю до однієї соціальної сфери соціальних зв'язків через комунікацію соціальних суб'єктів (певних груп суспільних відносин), які зазнають правового впливу (предмет правового регулювання).

Способи, засоби, прийоми та механізми впливу на зазначені суспільні відносини (метод правового регулювання) характеризують функціональну дію права, результатом якої є досягнення мети правового регулювання.

Таким чином, під правовим режимом необхідно розуміти поєднані у праві за рахунок його системної, інституціонально-функціональної природи предмет, метод, мету правового впливу на соціально-комунікативні зв'язки, єдність яких визначає умови виникнення, існування, дії права та формує його систему, характеризуючи право як нормативно-ціннісний соціальний регулятор.

Правовий режим об'єктивується у соціально визначених умовах виникнення, існування та дії права, утворює (формує) його стан і визначає процес правового впливу на соціально-комунікативні зв'язки усіх суб'єктів соціальної активності.

У загальнотеоретичній і прикладній юриспруденції приділено значну увагу класифікації правових режимів. Такий інтерес науковців є цілком виправданим; до основи запропонованих класифікацій покладено різні характеристики правових режимів.

Правовий режим поділяється на певні види залежно від соціально зумовленої сфери дії права та юридичного конструювання, яке застосовується для досягнення визначеної мети правового впливу на соціальні комунікативні зв'язки (мети правового регулювання).

Розглядають загальний і спеціальний правові режими, що визначається рівнем правового впливу на соціальну комунікацію. Загальний правовий режим охоплює типологічні сфери соціально-правової дії. Такими правовими режимами є, зокрема, публічно-правовий та приватно-правовий режими.

Спеціальні правові режими варто відносити до галузевих або ж виокремлювати у формуванні інститутів та субінститутів тієї чи іншої галузі права, зосереджуючи увагу на їхньому внутрішньогалузевому характері. Спеціальними правовими режимами є міжгалузеві правові режими, які формують міжгалузеві інститути права.

Окремий вид правового режиму утворює комплексний правовий режим, який характеризується наявністю різнопорядкових груп соціальних комунікативних зв'язків (суспільних відносин), органічно поєднаних спільними методом та метою правової регуляції.

Специфіка, особливості застосування виокремлюють правовий режим надзвичайного стану, де комплексно підлягають задіянню різногалузеві механізми правового регулювання без втрати внутрішньогалузевих ознак з наданням переваги способам регуляції, які характеризують підстави введення надзвичайного стану та його функціонування. Подібні ознаки мають правовий режим воєнного стану та правовий режим антитерористичної операції.

Класифікація правових режимів з виокремленням тих чи інших його видів не обмежується існуючими у певному темпоральному вимірі видами правових режимів. Право є динамічним, його розвиток засновується на особливостях тих змін, які притаманні соціальній активності суб'єктів та які є необхідними для вирішення конфліктних ситуацій за участі цих суб'єктів і якраз у цьому вбачається соціальне призначення правового режиму. Правовий режим визначає динаміку права, суттєво впливає на формування національної правової системи, є край важливим для юриспруденції.

4.3. КАТЕГОРІАЛЬНИЙ СТАТУС МІСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Одна з характерних ознак сучасного права полягає в його плюралістичності. Вона, з одного боку, виражається в існуванні системи джерел права, які доповнюють законодавче право, а з іншого виявляє себе в одночасному, паралельному функціонуванні та конкуренції різних правових систем. Така ситуація породжує поступове взаємопроникнення правових систем: міжнародної — в інтегративну, інтегративної - в національну і навпаки. З іншого

боку, відбувається поетапне розмежування сфер дії цих правових систем, що виражено у процесі фрагментації права. Це призводить до оформлення все більшої кількості самостійних правових порядків, організованих на основі просторових або міжсуб'єктних комунікацій (правова система Ради Європи, правова система Світової організації торгівлі, каноніко-правова система тощо).

Інша важлива тенденція розвитку сучасного права — його локалізація, що виражається в орієнтації права на ситуативність, а не універсальність правового регулювання. Саме у цьому ракурсі набуває нового звучання ідея щодо розвитку міського права як особливого правового порядку, автономного відносно національного права. Місто стає усе більш впливовим компонентом соціального простору, що дозволяє йому організовувати суб'єктів, налагоджувати зв'язки між ними та встановлювати правила поведінки. Ці процеси виходять далеко за межі традиційного розуміння цих правових відносин як предмету муніципального права, що дозволяє говорити про існування особливої правової системи — міської правової системи.

Маючи на меті визначення методологічних засад категоріального статусу міської правової системи, у першу чергу, слід звернутися до її теоретичного обґрунтування як особливого рівня та форми буття сучасного права. Обґрунтування загальнотеоретичних, інтегративних та нормативних засад становлення міського права як особливої правової системи, функціонування якої визначається специфічним культурним, соціальним, економічним і т.ін. статусом міст, пов'язане із підвищенням їх ролі в правовому та державному просторі.

Для визначення категоріального статусу міської правової системи доцільно використовувати напрацювання як у сфері теорії правової системи (М. Й. Байтін, Л. А. Луць, Ю. М. Оборотов, В. В. Оксамитний, О. Ф. Скакун, Ю. О. Тихомиров та ін.), так і у сфері міського та муніципального права (М. О. Баймуратов, Р. А. Джабраїлов, Т. Г. Каткова, М. І. Корнієнко, А. В. Корнєв, В. В. Таболін, В. А. Устименко та ін.).

Залежно від типу праворозуміння існують різні варіанти співвідношення права та правової системи. Коли право розглядається як складова правової системи, зрозуміло, що тут воно ототожню-

ється з нормою, де норма виступає його альфою та омегою. Причому, як свідчить М. Й. Байтін, так вважає більшість дослідників вищезазначеної проблематики⁶⁵⁰. О. Ф. Скаун, яка стоїть на позиціях інтегративного праворозуміння, також ототожнює право з його системою та зазначає, що правова система служить комплексною характеристикою юридичної сфери життя конкретного суспільства, тоді як «право з його системою — менш об'ємне та входить у правову систему»⁶⁵¹.

З позицій непозитивістського праворозуміння право не може ототожнюватися з правовою системою, або, тим паче, бути вужчим поняттям, аніж правова система⁶⁵². Право — це не тільки сукупність норм, оформлених у його інститути, підгалузі, галузі та правові спільності. Висловлюється думка, що структура права розглядається як єдність нормативності, суб'єкту та цінності (статичні елементи) та правової ситуації (динамічний елемент), у полі якої відбувається злиття статичних елементів⁶⁵³. Із цієї точки зору право є ширшим, аніж правова система, поняттям, оскільки його універсальна структура виражається в конкретних правових системах.

У цьому напрямку заслуговує на увагу ідея Р. А. Ромашова про представлення права з точки зору реалістичного позитивізму як комплексної системної категорії, що включає такі складові: правові цінності, досвід, традицію, доктрину, догму та емпірику. Наголошується, що право може розглядатися як система, якщо закріплені в ній правила визнаються суб'єктами, яким вони адресовані, і якщо ці правила мають результативний вплив на відповідні суспільні відносини. Таким чином, право є системою, оскільки його складові можуть наповнювати розуміння права як соціального явища в різні історичні періоди: архаїчне право (протонорма), середньовічне право (релігійний догмат), радянське право

⁶⁵⁰ Байтин М. И. Сущность права. Современное нормативное правопонимание на грани двух веков / М. И. Байтин. — Саратов : СГАП, 2001. — С. 151-156.

⁶⁵¹ Скаун О. Ф. Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира / О. Ф. Скаун. — К. : Ін Юре, 2008. — С. 51.

⁶⁵² Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс : учеб. / под ред. Ю. Н. Оборотова. — Одеса : Фенікс, 2011. — С. 187.

⁶⁵³ Горобец К. В. Аксиосфера права: философский и юридический дискурс : моногр. / К. В. Горобец. — Одеса : Фенікс, 2013. — С. 71.

(державно-партійна ідеологія), сучасне право (юридична норма). Сутність та структура права залишаються незмінними⁶⁵⁴.

З огляду на звернення до таких категорій, як структура та система, очевидно є можливість використання системного підходу для більш чіткого встановлення співвідношення між правом та правовою системою, що є одним з головних питань при дослідженні заявленої тематики. З позицій загальної параметричної теорії систем будь-який об'єкт є системою, якщо в цьому об'єкті реалізуються якісь властивості, що знаходяться в задалегідь заданому відношенні⁶⁵⁵. При цьому система розглядається з позиції трьох основних понять: концепт, тобто ідея, з точки зору якої розуміється система; субстрат, який складається з елементів, на яких реалізовано концепт; структура, тобто сукупність зв'язків між елементами субстрату. І хоча спроба використання системного підходу до дослідження правової системи є вже не першою⁶⁵⁶, слід зазначити, що застосування цього підходу як пізнавальної (описової) та конструктивної (проекування систем) методології може бути доповнене іншими вираженими розробками у системології.

Зазначається, що «аналіз системоутворюючої ролі функції дає можливість виділити систему із середовища і дослідити її як цілісне явище». Тобто йдеться про функціональний блок (підсистему) правової системи, причому «цілісність передбачає, у тому числі, системно ефективні дії, спрямовані на досягнення певної мети». Тільки відносно своєї мети об'єкт виступає як система⁶⁵⁷.

Серед учених існує думка, що цільове призначення існування правових систем — це досягнення відповідного правового порядку⁶⁵⁸. Ця теза є прийнятною, але слід додати, що не лише право-

⁶⁵⁴ Ромашов Р. А. Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правовопонимания / Р. А. Ромашов // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 2005. — № 1. — С. 5-11.

⁶⁵⁵ Уёмов А. Общая теория систем для гуманитариев : учеб. пособ. / Авенир Уёмов, Ирина Сараева, Арнольд Цофнас. — Варшава : Wydawnictwo Universitas Rediviva. — С. 37.

⁶⁵⁶ Луць Л. Категорії системного аналізу — методологічні основи дослідження правової системи / Л. Луць // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2001. — Вип 36. — С. 47-53.

⁶⁵⁷ Там само. — С. 50.

⁶⁵⁸ Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : моногр. / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко та ін. ; за ред. Ю. М. Оборотова — Одеса : Фенікс, 2012. — С. 102.

порядок формує об'єкт, а точніше концепт правової системи. Концептом є те, з позиції чого ми розглядаємо явище як систему. Розуміння правової системи у цьому ракурсі здійснюється, спираючись на зв'язність та цільність як смисли та якості, у яких зацікавлені юристи при обґрунтуванні правової системи як категорії юриспруденції.

Отже, цільність та зв'язність є атрибутами, тобто властивостями правової системи. Тому застосування системного підходу до правової системи виводить до виділення її концепту, субстрату та структурних елементів на рівні саме атрибутивної системи (коли її концептом є будь-яка властивість).

Виходячи з можливостей застосування системного підходу, помітно, що ідеї щодо виділення та обґрунтування територіальної та персональної правової системи тісно пов'язані з визначенням субстрату або структурних елементів системи. Так, територіальна правова система визначається за просторовим критерієм, тобто субстратом правової системи, **та пов'язується з конкретною державою, суб'єктом федерації, самокерованою територією тощо.** Персональна правова система — це система, для якої територія не має особливого значення, вона поширюється за індивідуальною ознакою — за колом осіб, тобто тут на перший план виходить структурний елемент, субстрат поглинається структурою. Одним із прикладів персональної правової системи наводяться релігійні правові системи.

Крім уже визнаних прикладів релігійних правових систем (мусульманська, індуська, іудейська) серед персональних правових систем обґрунтовується існування каноніко-правової системи, її структури⁶⁵⁹ та конфесіонально-правової системи⁶⁶⁰.

Щодо територіальних правових систем, то їх приклади вкладаються у класифікацію правових систем за рівневим критерієм:

⁶⁵⁹ Оборотов И. Г. Структура канонико-правовой системы / Оборотов Игорь Гариславович // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : збірн. наук. праць / за ред. С. В. Ківалова, Ю. С. Шемшученка. — Одеса : Фенікс, 2013. — С. 91 — 93.

⁶⁶⁰ Шаляпин С. О. К вопросу о месте конфессионально-правовых систем в современной компаративистике / Шаляпин Сергей Олегович // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : збірн. наук. праць / за ред. С. В. Ківалова, Ю. С. Шемшученка. — Одеса : Фенікс, 2013. — С. 80 — 82.

національна, регіональна (інтегративна), міжнародна. Примітно, що цей перелік пропонується розширити в обох напрямках. З одного боку обґрунтовується існування глобальної правової системи, яка пов'язується зі встановленням норм та принципів, які регулюють правовий статус транснаціональних корпорацій, становленням міжнормативних зв'язків та залежностей (рекомендованих стандартів), проявом глобального правового менталітету та ствердженням глобальної правової культури⁶⁶¹. З іншого боку, є думка про розширення вищезазначеного переліку за рахунок субнаціональних правових систем, що особливо яскраво аргументується на прикладі існування в Китаї таких міст, як Сянган, Аоминь та території Тайваню зі своїми особливостями реалізації законодавчої, виконавчої та судової влади⁶⁶².

У цьому зв'язку привертає увагу твердження, що різноманітність правових систем сучасності прив'язана не тільки до території держав, але й до внутрішньодержавних утворень. Спираючись на думку Рене Давіда, що «в сучасному світі кожна держава має своє право, але й буває і не так, що в одній й тій самій державі діють декілька конкуруючих правових систем», зазначається, що правові системи мають і недержавні утворення, і міждержавна спільнота. Наводиться приклад самостійності в управлінні містами-полісами у Стародавній Греції, королівствами, герцогствами, князівствами або вільними містами у Середньовіччі⁶⁶³.

Тому, продовжуючи ідею поділу правових систем за субстратним критерієм (просторовою підставою), слід виокремити міську правову систему.

До вже наведених прикладів міських правових систем у Китаї можна додати інші приклади, зокрема, існування Магдебурзького, Хелмінського, Шредського права, які на початковому етапі свого

⁶⁶¹ Оборотов Ю. Н. К вопросу о формировании глобальной правовой системы / Ю. Н. Оборотов // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». — Т. X. — О. : Юрид. л-ра, 2011. — С. 229-236.

⁶⁶² Каткова Т. Г. Субнациональные правовые системы современного Китая / Каткова Татьяна Геннадьевна // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : збірн. наук. праць / за ред. С. В. Ківалова, Ю. С. Шемшученка. — Одеса : Фенікс, 2013. — С. 107-108.

⁶⁶³ Оксамытный В. В. Сравнительное правоведение и законоведение / В. В. Оксамытный. — Брянск : Брянский гос. ун-тет, 2011. — С. 13, 24-25.

зародження мали відношення до одного міста, створюючи відповідну правову систему, а потім розширили свій простір дії та виростили у міські правові системи, які поширювалися вже на інші міста, в тому числі українські (Львів, Київ і т.ін.). Сучасне ж існування міського права в Україні може бути співвіднесене з існуванням виключних статусів міст Києва та Севастополя, що закріплено у ч. 3 ст. 133 Конституції України⁶⁶⁴.

Концептом міської правової системи теж є зв'язність та цільність, але відносно такого соціального феномена як місто, що зумовлює особливості цієї правової системи. Саме відносини між містом та державою, врегульовані правом, розривають зв'язність та цільність національної правової системи, тому що місто як певний центр створює навколо себе іншу правову систему зі своїми зв'язками та структурними елементами на основі особливого субстрату. Міське та національне право взаємодіють як дві правові системи, іноді доповнюючи одна одну, а іноді вибудовуючи свої відносини як центр та периферія, де держава виступає центром, а місто периферією. Але тут не є виключеним варіант, коли міська правова система, відносно до свого субстрату та структури виробляє свої форми врегулювання різноманітних правових відносин та переносить цей досвід у простір національної правової системи.

Наприклад, правові відносини між державою Україна та містом Києвом як столицею є доволі складними, більшість з них врегульовані Законом України «Про столицю України — місто-герой Київ». Згідно зі ст. 4 цього Закону, де перелічено столичні функції міста Києва, з одного боку, місто в особі органів місцевого самоврядування та виконавчої влади у місті Києві забезпечує створення належних умов для діяльності у місті Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України тощо, вирішення питань щодо розміщення центральних органів держави, дипломатичних представництв тощо⁶⁶⁵. З іншого ж боку, місто Київ як будь-яке місто має на меті створення та захист міського правопорядку. Ці дві паралельні іпостасі міста (столична та мегаполісна) є вза-

⁶⁶⁴ Конституція України, прийнята на П'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

⁶⁶⁵ Про столицю України — місто-герой Київ : Закон України від 15 січня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 11. — Ст. 79.

сформульованими, але при цьому саме за містом-столицею законодавчо закріплено право та реальну можливість впливати на функціонування державної влади. Наявність столичних функцій міста Києва є доказом його впливу на організацію діяльності держави.

Застосування системного підходу до виокремлення категоріального статусу міської правової системи також веде до більш чіткого розмежування міського та муніципального права. Багатьма муніципалістами прийнято вважати, що муніципальне право є комплексною галуззю права, предметом якої є місцеве самоврядування⁶⁶⁶. При цьому муніципальне право ототожнюється з міським правом або поняття «міського» права вписується у дужки, пояснюючи пріоритетність муніципалітету⁶⁶⁷. Але використання системного підходу до визначення муніципального та міського права виявляє їх суттєві відмінності.

У сучасній юриспруденції розгляд правових проблем міста здебільшого здійснюється в контексті муніципального права. Між тим погляд на місто з історико-правових позицій доводить, що міське право було автономною цілісністю, незалежною від державної влади. Історичний досвід свідчить, що правова самостійність міст є основою їх стрімкого розвитку. Сучасні ж міста зіштовхуються з широкомасштабними економічними та соціальними проблемами, які неможливо вирішити засобами муніципального права. Місто, реагуючи на ці зміни, вибудовує регулятивну систему, яка надає йому можливості для самореалізації у соціальному, економічному, правовому житті.

Міське право, якщо воно мислиться як галузь права, є муніципальним у вузькому сенсі його розуміння, яке, на наш погляд, є таким, що звужує його справжній обсяг. Відповідно, міське право як галузь системи права повинно бути частиною національної правової системи, яка обмежена державним суверенітетом⁶⁶⁸, на від-

⁶⁶⁶ Корнієнко М. І. Муніципальне право України. Концептуальні та організаційно-правові питання : навч. посіб. / М. І. Корнієнко. — К. : Алерта, 2005. — С. 14.

⁶⁶⁷ Таболин В. В. Муниципальное городское право. Правовые и организационные основы деятельности органов местного самоуправления / Таболин В. В., Корнев А. В. — М. : Формула права, 2000. — 304 с.

⁶⁶⁸ Скаун О. Ф. Теорія права і держави : підручник / О. Ф. Скаун. — 3-тє видання. — К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. — С. 330.

міну від міського права у широкому сенсі його розуміння, яке не обмежене дією державного суверенітету.

Отже, міське право, з одного боку, може розглядатися як га-лузь права, яка входить у рамки національного права, національної правової системи, а з іншого — це правова система, яка має свій правовий простір, тому що поряд з визнаними рівнями міжнародної, інтеграційної та національної правової системи існує як міська правова система.

Зведення міського права до права місцевого самоврядування є неточним, оскільки історично міським правом оформлялося не тільки право обирати свої владні установи, видавати закони, але й здійснювати суд над жителями, підтримувати порядок. Міському праву, таким чином, притаманна саморегуляція, яка не може бути зведена до самоврядування. Більше того, місто — це особливий правовий простір, в якому можуть виникати випадкові зв'язки між різноманітними суб'єктами, а це вже наштовхує на визначення деяких системних параметрів (стабільність або нестабільність) у методології дослідження міського права як правової системи.

Якщо міське право розглядати як частину муніципального права, то це тільки буде звужувати та обмежувати потенційні можливості правової науки. Тоді як міське право — комплексне явище, яке навіть з історичних підстав, не говорячи про сучасність, може бути визнане новим самостійним напрямком в юриспруденції.

Відповідно, міське право, його структура, яка відповідає концепту, включає в себе також особливості правового статусу міста, його типологію, вплив на правову сферу, специфіку образу права у міської людини. Право у цьому контексті розглядається як творіння міської культури. У цьому зв'язку важливо підкреслити той факт, що право як історично сформована ціннісно-нормативна система першочергово мислиться як міське явище, а вся історія архаїчного права — це, за своєю сутністю, історія міського права. Слід зазначити, що й сьогодні місто є центральною ланкою не тільки територіального розвитку, але й розвитку правового та державного. Тому міське право виступає як правова система зі своїми складовими у вигляді особливих суб'єктів, правових джерел, інститутів, набору функцій, ціннісно-нормативних підстав та багаторівневих правових відносин, що може бути обґрунтовано з позицій його розуміння крізь призму системного підходу.

Тому для системи муніципального права як галузі національного права концептом буде здатність права врегулювати правові відносини за участю місцевого самоврядування як основного предмету цієї галузі. А для міського права цей концепт буде, з одного боку, надто вузьким, оскільки, враховуючи вже визначений концепт його конкретного прояву та форми існування, а саме міської правової системи, далеко не всі правові відносини у місті зводяться до місцевого самоврядування. Міське право може стосуватися, з одного боку, правових відносин між містом та державою, містами, містом та окремим громадянином і т.д., де місто набуває особливого правового статусу. З іншого боку, концепт муніципального права є занадто широким, оскільки охоплює питання місцевого самоврядування не лише у містах. Отже, у наявності дві різні системи зі своїми концептами, які мають, відповідно, різну структурну організацію.

Щодо субстратної характеристики міської правової системи, то вона є основною, тому що критерієм поділу правових систем може бути територія, а точніше, простір. Виділення територіальних правових систем, серед яких розглядаються міжнародна, регіональна, національна виводить до розуміння їх тісної взаємодії та навіть залежності від просторової прив'язки. Визнання європейського правового простору пояснює існування правової системи Європейського Союзу⁶⁶⁹. А доведеність на рівні дисертаційних досліджень регіонального правового простору та локалізованої форми правового простору⁶⁷⁰, дозволяє стверджувати існування особливого правового простору міста як субстрату міської правової системи.

⁶⁶⁹ Гнатовський М. М. Європейський правовий простір. Концепція та сучасні проблеми / Микола Гнатовський. — К. : Проміні, 2005. — 224 с. — («Бібліотека кафедри міжнародного права»)

⁶⁷⁰ Волк И. В. Право, время и пространство: теоретический аспект : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук ; спец. 12.00.01 — Теория и история права и государства ; История учений о праве и государстве / И. В. Волк. — М., 2004. — 20 с. ; Суханов В. В. Правовое пространство и его формы : дисс. ... канд. юрид. наук ; спец. 12.00.01 — Теория и история права и государства ; История учений о праве и государстве / В. В. Суханов. — М., 2005. — 176 с. ; Южакова Т. Л. Региональное правовое пространство: теоретико-правовой аспект : дисс.... канд. юрид. наук ; спец. 12.00.01 — Теория и история права и государства ; История учений о праве и государстве. — Краснодар, 2007. — 200 с.

Слід зазначити, що компонентами міського правового простору як субстрату міської правової системи є територія міста, межі міста (риса міста), наповнення (зміст), яке може виходити за рамки території: правові ситуації та події (правовідносини, суб'єкти, ціннісно-нормативна визначеність, міська правосвідомість, правовий образ міста тощо). Міський правовий простір може бути визнаний субстратом міської правової системи як внутрішньо погодженої, взаємозумовленої сукупності міських правових цінностей, норм, зв'язків, відносин, статусів і т. ін. Таким чином, можна виділити структурні елементи міської правової системи.

І в загальнотеоретичній юриспруденції, і в порівняльному правознавстві досить розробленим є компонентний склад правової системи як теоретичної моделі, але існує певна різниця між назвами окремих складових. Так, О. Ф. Скакун виділяє нормативний, ідеологічний, функціональний, комунікативний та інституційний елементи в структурі правової системи⁶⁷¹. При цьому інституційний елемент охоплює «суб'єктів права, які мають властивості нормативності, тобто суб'єктивні права та юридичні обов'язки». Така структура використовується досить часто при дослідженні правових систем різного рівня. Але альтернативною та, як видається, більш вдалою є точка зору, яка представляє компоненти правової системи, які виділені за такими напрямками: нормативний, ідеологічний, комунікативний, що співпадають з попереднім структуруванням як за назвою, так і за змістом, який вкладається в їх розуміння. Крім того, виділяється статусний компонент, який і представляє собою систему суб'єктів; та інституційний, який пов'язаний з функціонуванням системи правотворчих та правозастосовних органів⁶⁷².

Думається, що статусний компонент (підсистема) міської правової системи має бути особливо ретельно аргументований, з огляду на те, що у склад суб'єктів пропонується включити міста, органи місцевого самоврядування, територіальні громади, міські

⁶⁷¹ Скакун О. Ф. *Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира.* — С. 47-48.

⁶⁷² Колесниченко В. В. Категориальный статус правовой системы / В. В. Колесниченко // *Правове життя сучасної України : матер. Міжнар. наук.-практ. конф.* — Одеса : Фенікс, 2011. — С. 53-54.

органи самоорганізації населення та городян. Причому наявність міста серед суб'єктів права не може обмежуватися лише здатністю реалізовувати суб'єктивні права та юридичні обов'язки, тобто мати міську правосуб'єктність, але й дає змогу вважати місто учасником конкретних суспільних правовідносин. Наприклад, Р. А. Джабраїлов вважає, що «місто як єдиний власник є більш вигірною конструкцією порівняно з існуючим власником — територіальною громадою». Доводиться доцільність визнання міста суб'єктом права комунальної власності, а органи місцевого самоврядування, у свою чергу, здійснювали б повноваження власника від імені та в інтересах міста щодо об'єктів права комунальної власності, а щодо об'єктів права власності Українського народу — повноваження територіальної громади⁶⁷³.

У конституційному праві місто вважається самостійним та самодостатнім суб'єктом конституційних правовідносин, але правосуб'єктність міста характеризується наявністю прав та обов'язків у міській територіальній громаді. Тобто мова йде про своєрідну трансправосуб'єктність міста, оскільки воно виконує свої функції не безпосередньо, а через діяльність інших суб'єктів — міську територіальну громаду та її органи міського самоврядування. Деліктоздатність міст зумовлюється юридичною відповідальністю органів та посадових осіб міста перед територіальною громадою, державою та фізичними і юридичними особами⁶⁷⁴.

З огляду на таке використання категорій правосуб'єктності та деліктоздатності стає незрозумілим, чому деліктоздатність міста, яка зазвичай включається поряд із правоздатністю та дієздатністю до структури правосуб'єктності належить органам та посадовим особам міста, а правоздатність та дієздатність здійснює територіальна громада. До того ж сучасною ілюстрацією деліктоздатності саме міста, а не його жителів (територіальної громади) або органів місцевого самоврядування є подання міста Детройт щодо визнання його банкрутом, хоча при цьому більшість городян міста теж

⁶⁷³ Джабраїлов Р. А. Господарська правосуб'єктність міста: теорія і практика : моногр. / Р. А. Джабраїлов. — Донецьк : Ноулідж, 2010. — С. 48, 50.

⁶⁷⁴ Шкабаро В. М. Місто як суб'єкт конституційно-правових відносин / В. М. Шкабаро // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2005. — № 5 (43). — С. 105-111.

опиняється за рисою бідності. Так, заяву про банкрутство Детройту було подано кризовим керівником міста. Якщо місто Детройт буде визнано банкрутом, то процедура буде відбуватися згідно зі статтею 9 американського закону про банкрутство. Кредитори будуть домовлятися про повернення боргів, що скоріше за все буде пов'язано з підвищенням податків, скороченням держслужбовців та розпродаванням власності, що належить місту.

Формування міської правової системи веде до ствердження міст як автономних суб'єктів права, які реалізують свою правосуб'єктність не лише в контексті муніципального, господарського або конституційного права, але й шляхом створення особливої системи правових нормативів, інститутів, які функціонують на основі особливої міської правової свідомості та правової культури. Це пов'язано з необхідністю нормативного визначення правового статусу міста як інституту міського права як на державному, так і на інтегративному та міждержавному рівнях.

Дослідження фундаментальних засад міської правової системи потребує залучення методологічних ідей та концепцій урбаністики, про що зазначається у Другій Європейській хартії міст. Однак в юриспруденції відсутні системні дослідження міського права у сучасних умовах. Незважаючи на існування в рамках Ради Європи Конгресу місцевої та регіональної влади та його активну нормотворчу діяльність можна констатувати наявність прогалини у цій сфері та системі теоретичних знань щодо нормативної підсистеми міської правової системи.

Міркування із загальнотеоретичних позицій дають підстави вважати, що нормативна підсистема міської правової системи пов'язана з виокремленням системи права та джерел міського права, в яку можуть бути включені, у першу чергу, нормативно-правові та індивідуальні акти, які регулюють правові відносини в межах міста (статути територіальних громад міст, рішення міських рад, органів самоорганізації населення тощо).

Наступну ланку в міській правовій системі складають нормативно-правові акти держави, до правового простору якої належить місто, які регулюють правові відносини між містом та суб'єктами права, які не входять до міської правової системи або встановлюють правовий статус суб'єктів міського права на держав-

ному рівні. В Україні такими актами можуть вважатися Конституція України, Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, Земельний кодекс України, Закони України «Про місцеве самоврядування», «Про столицю України — місто-герой Київ», «Про основи містобудування», «Про Генеральну схему планування території України», «Про стимулювання розвитку регіонів» тощо.

Особливим джерелом права в міській правовій системі є договори між містами, наприклад Договір про побратимство між Одесою і Марселем тощо, Хартія українських міст, прийнята Загальними зборами Асоціації міст України та ін. Ще один рівень міської правової системи, представлений міжнародними договірними актами, такими, як Європейська хартія міст (II Маніфест нової урбаністики), Європейська хартія місцевого самоврядування, Європейська декларація прав міст, Хартія «Міста Європи на шляху до стійкого розвитку» (Ольборзька хартія), Містобудівельна хартія СНД, Міжнародна хартія про охорону історичних міст (Вашингтонська хартія), Міжнародна хартія з охорони та реставрації архітектурно-містобудівної спадщини (Краківська хартія) тощо.

Система міського права є менш структурованою, ніж система національного права, та складається в основному з норм та інститутів, які спрямовані на формування галузей міського права. Але сучасні розробки щодо таких напрямів в юриспруденції як міське статутне право, містобудівне право, міське господарське право свідчать про можливість галузевого наповнення системи міського права.

Існування статутного права у містах сягає ще часів дії Магдебурзького права, а думка про статутне право як галузь міського права може бути підтверджена влучним твердженням, з яким погоджуються дослідники цієї тематики в галузі муніципального права — статут- це своєрідна комунальна конституція на території функціонування відповідної громади, де слід закріпити територіальні межі міста, його адміністративний поділ, структуру самоврядування, особливості проведення міських виборів, референдумів, дорадчих опитувань тощо⁶⁷⁵. Це якраз свідчить про те, що міське

⁶⁷⁵ Делія Ю. В. Статути територіальних громад як джерело муніципального права України / Ю. В. Делія // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2009 — № 9 (95). — С. 26-36.

статутне право може отримати своє нормативне вираження у статутах територіальних громад, які у свою чергу повинні бути волевиявленням членів територіальної громади, а не вказівкою органів виконавчої влади. Тобто статут у такому розумінні буде основним джерелом міського статутного права, а не входить до переліку джерел муніципального права як галузі системи національного права. Статути територіальних громад мають специфічну природу, яка навіть при наявності узагальнюючого закону національного права щодо їх змісту, структури, прийняття тощо, матимуть свої локальні особливості, зумовлені самобутністю кожного міста. Тому міське статутне право може вважатися яскравим прикладом галузі нормативної підсистеми міської правової системи.

Ще один елемент характеристики міського права як правової системи проходить процес свого становлення від обґрунтування проблем та перспектив розвитку містобудівного законодавства⁶⁷⁶ до розгляду містобудівного права як галузі права. Містобудівне право пропонується включити до галузей національного права, визначаються його предмет, принципи та методи правового регулювання. Пропонується визнання та необхідність створення єдиного кодифікованого акту у сфері містобудування — Містобудівного кодексу України⁶⁷⁷. Але чомусь серед суб'єктів не зазначається місто, мова іде про населені пункти взагалі.

Щодо інститутів міського права, то серед них можна визначити: інститут міського управління, інститут життєзабезпечення міста, інститут права міської власності, інститут побратимства, інститут міського планування, інститут міської скарбниці, інститут міського туризму, інститут міської екології, інститут збереження історичної спадщини міст тощо.

Підсистема, яка включає правотворчі та правозастосовні органи та пов'язана із забезпеченням ефективної дії міського права найкраще відображає свою сутність у двоскладовій назві — інституційно-функціональна. Тут можуть бути представлені такі інститути як органи місцевого самоврядування та місцеві органи

⁶⁷⁶ Квасніцька О. Містобудівне законодавство України: проблеми та перспективи розвитку / Ольга Квасніцька // Господарське право — 2008 — № 7. — С. 12-15.

⁶⁷⁷ Ізарова І. Містобудівне право як галузь права / І. Ізарова // Право України. — 2011. — № 7. — С. 229-234.

самоорганізації населення, територіальна громада, які реалізують свої функції шляхом ухвалення рішень на місцевому рівні.

Ідеологічна підсистема міської правової системи оформлюється у правовому образі міста та складається з міської правової свідомості, яка включає міську правову ідеологію (ідеї, поняття, знання індивідів, які ідентифікують себе з територією міста, про право) та міську правову психологію (почуття, емоції та переживання у сфері міського права); міської правової культури, міських правових цінностей та цінностей міського права. Серед міських правових цінностей територіальна громада, міське самоврядування, органи самоорганізації міського населення тощо, а серед цінностей міського права: міський правопорядок, міська правова система, міський правовий простір тощо.

Система правових зв'язків та правових відносин у міській правовій системі відображається у комунікативній підсистемі, в основу якої може бути покладена теорія центр-периферійних відносин. Міська правова система стосується, зокрема, регламентування правових відносин між городянином і містом та інших правовідносин в межах міста, між містами (у тому числі містами різних держав), між містом та державою та на міжнародному рівні — між державами стосовно міста, що може бути підкріплено розглядом суб'єктів міського права як учасників центр-периферійних відносин.

Обґрунтування категоріального статусу міської правової системи веде до ствердження її інтегративної функції, яка полягає в інтенсифікації міждержавних взаємин, налагодженні культурної, економічної та правової взаємодії між містами. Ствердження міської правової системи дозволяє розкрити правовий потенціал міського співтовариства, інтенсифікувати розвиток міст з урахуванням їх специфіки.

Розгляд концепту, субстрату та структури міської правової системи відкриває можливості для її віднесення до числа загально-визнаних правових систем як категорії загальнотеоретичної юриспруденції. Це, з одного боку, створює перспективи для розвитку міського права як сучасного правового феномену, його виокремлення та інституціоналізації в юридичній науці та практиці, а з іншого — сприяє розширенню уявлень про урбаністичну складову правового розвитку, яка усе частіше впливає на правове, державне

та міжнаціональне життя суспільства. Автономізація міського права у вигляді міської правової системи є запорукою сталого розвитку сучасних українських міст, самоврядність яких має вийти на новий правовий та інституційний рівень — рівень міської правової системи.

Саме тому поглиблення теоретичних уявлень про міське право та міську правову систему є актуальним та необхідним напрямком правових досліджень. Дослідження міської правової системи з позицій загальнотеоретичної юриспруденції має заповнити простір між його історичними витокami та втіленням у нормативній сфері. Це дозволяє сформулювати концепцію міського права як автономної правової системи, що забезпечує ефективне функціонування міста у сучасних умовах.

Таким чином, категорія «міська правова система» пов'язана з категоріями міського права, містить компоненти, які характеризують її як правову систему серед інших сучасних правових систем (національної, інтегративної, міжнародної, глобальної).

4.4.ПРАВОВИЙ МІФ У КАТЕГОРІАЛЬНОМУ АПАРАТІ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

У категоріальному апараті юридичної науки головне теоретичне навантаження несуть її основні, фундаментальні поняття — категорії. Їхня побудова та взаємозв'язки визначають систему знань у даній галузі науки. Поняття і категорії є складовими методологічної системи юриспруденції і виступають вирішальними засобами досягнення правових явищ і права в цілому.

Загальновизнаним є твердження, що правові поняття концентрують та узагальнюють змістовні уявлення щодо усталеності й суттєвості в явищах і процесах правової дійсності.

Правові категорії — це граничні за рівнем, найглибші за змістом й широкі за обсягом фундаментальні поняття, які відображують найсуттєвіші властивості та взаємозв'язок правових явищ. Вони являють собою логічну основу, на якій вибудовується система правових понять, що утворюють значеннєвий ряд⁶⁷⁸.

⁶⁷⁸ Васильєв А.М. Правові категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права.- М.:Юрид.лит., 1976.-С.86.

Правові категорії та супутні поняття відображують стійкі, повторювальні та необхідні властивості, зв'язки і відношення, що характеризують право, містять в собі єдність та протиріччя явищ і процесів правової дійсності. Правові категорії за своєю сутністю — пізнавальна модель правових явищ і процесів⁶⁷⁹.

Необхідно підкреслити, що правові поняття і категорії повинні утворювати одну цілість, оскільки правова дійсність, що ними відображується, уявляє собою систему взаємопов'язаних правових явищ і процесів, які знаходяться у закономірному і постійному розвитку.

Філософське осмислення терміна «категорія» припускає, що категорії слугують способом первісного уявного поділу певних універсальних родових понять на взаємовиключні та взаємодоповнюючі частини, які повністю вичерпують даний універсум і не містить змістовних перетинань. Наприклад, у такому аспекті розглядаються філософські категорії «ідеальне» і «матеріальне», які взаємодоповнюють і взаємовиключають одна одну та вичерпують універсальне уявлення щодо картини світу (у світі нічого третього не існує)⁶⁸⁰.

У сучасних умовах у наукових дослідженнях різноманітних явищ соціального життя стосовно різних його сфер — політичної, економічної, правової, релігійної — учені все частіше звертаються до категорії міфа.

Сьогодні стає очевидним, що міф не зник у тумані архаїчного минулого як одна з первинних форм розуміння людського буття, але ввійшов до сучасного життя як універсалія культури. Більше того, не можна не визнати, що міфотворчість існує на різних етапах розвитку цивілізації і особливо оживає в момент розхитування колишніх вірувань, старих ідеологій, коли відбуваються суттєві зміни в культурі й цивілізації. Щоб пережити ці зміни, оформляються нові способи осмислення реальності, створюються нові міфи. При цьому міф виступає в ролі опори, нерушимої підстави для спокою, упевненості й порядку, оскільки містить в собі орієнтир людської

⁶⁷⁹ Там само.- С.88.

⁶⁸⁰ Цофнас А.Ю. Понятие философской категории: опыт уточнения в языке терминального описания // Философские науки. — 2002. — № 3. — С. 132 — 143.

поведінки, осмислення людиною себе в контексті особистого і суспільного буття, і до того ж є моральної універсалиєю.

Таким чином, можна стверджувати, що міф є категорією позачасовою, способом мислення людини різних епох, а отже, і міфічна свідомість існує разом з людиною будь-якої епохи.

Визнання того, що право не є сферою виключно раціонального, важливо як з точки зору методології юриспруденції, так і з точки зору сприйняття правових міфів.

Одна з ключових ідей сучасної філософії права та загально-теоретичної юриспруденції полягає в тому, що право в широкому сенсі слова не можна розглядати виключно як раціональну конструкцію, побудовану на принципах логіки. Така властивість може бути визнана лише за позитивним правом. Інші ж форми буття права, перш за все, правосвідомість, значною мірою позараціональне. Як зазначає А.І. Овчинников, некласична теорія пізнання, в якій мислення розглядається, насамперед, як процес смислоутворення, або розуміння, об'єднуючий різні види пізнання — чуттєве, інтуїтивне і раціональне — більш адекватна природі інтелектуальної діяльності в сфері права⁶⁸¹

У цьому аспекті продуктивним видається розгляд міфу у значенні особливого ідеологічного джерела як архаїчного також і сучасного права. Саме в цьому контексті розглядає міфи позитивного права Н. Рулан. На його думку, роль міфів полягає в тому, що держава використовує їх для надання суспільству його власного портрета, який, утім, не завжди відповідає дійсності⁶⁸². Думається, між тим, не слід зводити правові міфи виключно до діяльності держави, хоча вона, звичайно, грає значну роль у їх культивуванні. Міфи є вагомими елементами правосвідомості, тим самим здійснюючи потужний вплив на формування громадської думки про право і на саме право.

Обґрунтовуючи цю тезу, слід, перш за все, визначитися з розумінням правового міфу як такого і тісно з ним пов'язаного політичного міфу. Зазвичай міф сприймається як така форма суспільної

⁶⁸¹ Овчинников А.И. Правовое мышление : теоретико-методологический анализ : моногр. / А.И. Овчинников. — Ростов-н/Д. : Изд-во Рост. ун-та, 2003. — С. 11.

⁶⁸² Рулан Н. Юридическая антропология / Норбер Рулан. — М. : НОРМА, 2000. — С. 243.

свідомості, спосіб розуміння природної та соціальної реальності, яка характерна для первісного суспільства⁶⁸³. До ознак міфу традиційно відносять його синкретичність: те, що в філософському світогляді сприймається як аналіз, в міфологічному світогляді є духовна розділеність речей. Те, що для філософського світогляду постає як об'єкт, для міфологічного світогляду є суб'єктом. Саме тому з позицій Т. А. Апінян, міф — це не тільки уявлення, «суб'єктивне бачення світу». Міф — це саме буття для тих, хто його сповідує, і тому міфотворчість є функцією колективної, а не індивідуальної свідомості⁶⁸⁴. Не випадково міф розглядається як колективне переживання. Саме тому навряд чи доцільним є розгляд міфу як явища виключно первісного суспільства. Міфи супроводжують розвиток суспільства і в наш час, оскільки люди і в первісному суспільстві, і в сучасному шукають як раціональні, так і нераціональні засоби пояснення соціальної, а, отже, і правової, реальності. Кожна епоха має свої характерні міфи і міфологеми — стійкі універсалиї, які переміщуються від суспільства до суспільства, з одного часу до іншого. Ці міфологеми концентрують колективні уявлення людей про належне, містять відповідні стереотипи, які здатні впливати на ідеологію, мислення і поведінку людей тієї чи іншої соціальної групи або суспільства в цілому.

Саме глибинна нормативність міфу, його імперативність в оцінці реальності дає можливість говорити про існування міфу в тих сферах життя сучасного суспільства, нормативність яких є їх глибинним фундаментом — наприклад, політика і право. І якщо політичні міфи достатньо вивчені, то правовий міф досі залишається предметом переважно антропологічних досліджень архаїчного права. Як видається, це пов'язано з вірою в те, що з приходом до правової сфери ідей раціональності, особливо в Новий час, право починає асоціюватися з чіткою логікою, ясністю і структурованістю, з чисто раціональним порядком. Між тим, це не відповідає дійсності. Раціональність права є одним з можливих його проявів: коли йдеться про позитивне право, побудова його потребує ство-

⁶⁸³ Новая философская энциклопедия : в 4 т. / Ин-тут философии РАН ; предс. науч.-ред. совета : В. С. Степин. — М. : Мысль, 2010. — Т. 2. — С. 581.

⁶⁸⁴ Апи́нян Т.А. Тоска по мифу или миф как событие современности / Т.А. Апи́нян // Философские науки. — 2004. — № 11. — С. 74.

рення логічно несуперечливої, чіткої структури. Погляд на право з інтегративних позицій, які передбачають апеляцію до цінностей правової сфери, правового досвіду, юридичної доктрини тощо, не дозволяють говорити про те, що право є виключно раціональної системою, так само як не можна говорити про те, що виключно раціональним є людина.

Міф у сучасному розумінні являє собою усталену універсальну позачасову категорію, форму масового переживання і тлумачення дійсності, яка концентрує колективні уявлення людей щодо ідеальної побудови світу, є способом концептуалізації світу. Міф визнається невід'ємною, ключовою частиною культурної спадщини, яка пов'язує певну соціальну спільноту в одне ціле. Міф як психологічний феномен, особлива властивість мислення людини різних епох, має специфічні характеристики, серед яких слід виокремити догматичність, соціальність, позатемпоральність, закономірність, ірраціональність, енергетичність, багатозначність, антиномічність, циклічність.

Окремим концептом у свідомості людей виступає правовий міф. Можна стверджувати, що одним із компонентів сучасної правової дійсності є саме правовий міф — феномен соціально-культурного розвитку людства, одна із форм існування права.

Правовий міф, маючи всі характеристики міфу взагалі, наділений деякими додатковими властивостями. У першу чергу, правовий міф оперує юридичними поняттями або їх метафоричними аналогами. Іншими словами, правовий міф, говорячи юридичною мовою, створює специфічний простір текстуальних інтерпретацій. Більшість існуючих правових міфів так чи інакше використовують фундаментальні правові поняття: закон (міф про всемогутність і справедливість закону; міф про верховенство закону і Конституції; міф про неспроможність закону тощо), юридична відповідальність (міф про неминучість відповідальності за вчинений злочин; міф про справедливу відплату та ін.), держава (міф про непорушну міць держави; міф про те, що держава — єдине джерело права; міф про розділення державної влади тощо) та ін. Водночас необхідно враховувати, що часто правові поняття і категорії використовуються в міфах в метафоричній формі, тобто їх значення може істотно відрізнятися від того, як воно розуміється в доктрині. Наприклад,

поняття закону може по-різному оцінюватися в міфологічній свідомості, в юридичній практиці і в юридичній науці.

Наступною відмітною ознакою правового міфу виступає його націленість на підвищення авторитету права шляхом його диференціації від інших соціальних систем. За допомогою правових міфів не тільки створюються умови для зміцнення легітимності правової системи, а й підкреслюється значимість права у порівнянні з іншими регулятивними системами. Зокрема, часто міфологізація права здійснювалася по лінії відокремлення права, підкресленні його унікальної ролі в суспільстві, часом перебільшеною. Відомою є позитивістська міфологізація про побудову «китайської стіни» між правом і мораллю, виходячи з якої багато юристів намагалися підкреслити самостійність права, тим самим забезпечуючи його авторитет. З методологічної точки зору, саме ця властивість правового міфу значною мірою сприяла диференціації міфів, про яку йшла мова вище. Правові міфи також створюються для відмежування права від релігії. Концепт світськості в сучасній юриспруденції зі свого змістовного боку мало чим відрізняється від концепту розмежування права і моралі, оскільки переслідується одна мета: розкрити власний зміст права, продемонструвати, що жодна інша ціннісно-нормативна регулятивна система не володіє такими ж можливостями з управління суспільством.

Не можна також пройти повз таку властивість правового міфу, як потенційна формально-нормативна забезпеченість. Більшість міфів чинять вплив на формування нормативних структур. Це відбувається і в моралі, і в політиці, і в релігії. Однак лише в праві міфи мають можливість бути відображеними у формальних юридичних текстах, завдяки чому правовий міф різниться за формами існування, у першу чергу, завдяки поділу на міфи правосвідомості та міфи законодавства. Для інших ціннісно-нормативних регулятивних систем характерним є існування лише ментальних міфологічних конструкцій. Право ж формує особливий простір, в межах якого відбувається квазі-раціоналізація правових міфів шляхом їх законодавчого закріплення. Так, один правовий міф сприяє зміцненню іншого: міф про раціональність законодавства створює видимість раціоналізації, коли інші правові міфи отримують законодавче закріплення. Сам факт відображення ідеї в законодавстві пе-

ретворює її у сприйнятті людей на раціональну конструкцію, хоча у реальності це може бути не так (наприклад, відсутні будь-які раціональні обґрунтування для проведення процедури інавгурації Президента, однак її конституційне закріплення відсуває питання про цю необґрунтованість на задній план).

Диференціація міфів у сучасному суспільстві, таким чином, пов'язана з кількома фундаментальними причинами. По-перше, це ускладнення соціальних систем, пов'язане з формуванням усе більш розгалужених форм мислення про соціальне буття; по-друге, це прагнення соціальних систем до відокремлення і формування власних міфологем, відмінних за формою і змістом від інших міфологем. У цій системі правові міфи займають особливе місце, оскільки їх функціонування визначається такими властивостями, як оперування правовими поняттями або їх метафоричними аналогами; націленість на підвищення авторитету права шляхом його диференціації від інших соціальних систем; потенційна формально-нормативна обґрунтованість. Ці та інші властивості правового міфу не тільки виділяють його в ряду інших суспільних міфів, а й визначають специфіку методології, спрямованої на його дослідження.

Правові міфи, як доводиться сучасними дослідниками, з'явилися в соціальній міфології, «міфологічна свідомість не є стадіальних у розвитку людства, а виступає в якості невід'ємної складової духовного життя людей на різних його історичних етапах. Підтвердженням цьому є те, що сучасна людина перебуває в тій чи іншій мірі під глибинними психологічними впливами символів і міфів. Раціоналістичний підхід, звівши уявлення про міф до рівня дитячої казки, позбавивши міф його сакрального значення, насправді просто витіснив міф на задвірки людської свідомості. У підсвідомості міфологічні образи і архетипи продовжують жити і шукати будь-яку можливість виплеснутися назовні «з силою стиснутої пружини» (як про це писав К. Г. Юнг)⁶⁸⁵. По суті, мова тут йде про те, що міфи, у тому числі і правові, виступають як специфічні культурні архетипи. Культурні архетипи — це базисні елементи культури, що формують константні моделі духовного життя. Їх зміст

⁶⁸⁵ Юнг К.Г. Архетип и символ / К.Г. Юнг. — М. : Ренессанс, 1991. — С. 304.

становить типове в культурі, і в цьому відношенні — культурні архетипи інтерсуб'єктного і трансперсонального. Формування культурних архетипів відбувається на рівні культури всього людства і культури великих історичних спільнот у процесі систематизації та схематизації культурного досвіду. У силу цього причетність до архетипу індивідом чітко не усвідомлюється і його відтворення конкретною особистістю виступає раціонально ненавмисним актом. Культурні архетипи розкривають свій зміст не тільки і не стільки через поняття і дискурс, але через іконічність, тобто за допомогою образів, форм. Іконічна природа культурних архетипів зумовлює те, що вони існують у свідомості як архетипні образи, риси яких визначаються культурним середовищем і способом метафоризації, репрезентації⁶⁸⁶.

Таке розуміння архетипів наводить на думку про їх співвіднесенні з правовими міфами, оскільки саме в цьому руслі найяскравіше простежуються різноманітні аспекти сприйняття правової дійсності, заснованої на апеляції до глибинних переживань, емоційно забарвленим ситуацій, що завжди має в своїй основі якісь стійкі міфологічні форми. У цьому зв'язку необхідно простежити ключові методологічні параметри, які дозволять відокремити правові міф від інших форм міфологічної свідомості.

Сутність феномена правового міфу як однієї із форм існування права визначається в понятті правового міфу. Правовий міф являє собою особливий феномен, що існує на раціональному і чуттєвому рівнях правосвідомості, а також, у відбитої формі, у правових текстах, виражає правові установки і націлений на легітимацію правових явищ інститутів і процесів. Правові міфи виступають незмінними супутниками кожної розвиненої правової системи, оскільки є простором несвідомого звернення до фундаментальних правових ідей.

Виходячи з такого визначення, можна стверджувати, що правовий міф — це особливий феномен, відмінний як від міфу в його загальнокультурному значенні, так і від міфів суміжних сфер людського буття, наприклад, політичних і релігійних міфів. Визнання за правовими міфами особливого статусу як елементів правової

⁶⁸⁶ Культурология : XX век : словарь. — СПб. : Университетская книга, 1997. — С. 54.

свідомості, а також їх відбите існування в позитивному праві дозволяє простежити зв'язок правової традиції з сучасністю, показати, що право є концептом культури і цивілізації, а тому існує як цілісна синкретична система, цілісність якої забезпечується допомогою міфологізованих ментальних структур.

Серед правових міфів потрібно назвати міф про верховенство закону, про те, що встановлений закон обов'язково діє і впливає на людей; відомий міф про права людини, який стверджує, що всі права людини можуть і повинні бути забезпечені і реалізовані; поширений міф про народовладдя, який полягає в тому, що влада в державі належить народу; існує міф про невідворотність відповідальності за вчинений злочин, яке означає своєчасне розкриття будь-якого протиправного дії і т.ін.

Серед правових міфів, які використовуються сучасною державою, — міф про державу як гаранта фундаментальних цінностей суспільства, охоронця права, захисника правових традицій, міф про непорушність кодексів і законів як основи права, постійність і стійкість яких покликані підтверджувати, що майбутнє має будуватися за моделлю справжнього⁶⁸⁷.

Категоріальне значення правовий міф набуває при його розгляді у системній єдності з такою категорією, як «правова реальність». Ці дві взаємопов'язані категорії вичерпують єдину сферу права, виступаючи у даному випадку в ролі універсума (у сфері права все є або міфом, або не міфом, тобто реально існуючим).

Поняття правового міфу як категорії взаємодіє і співвідноситься з такими категоріями, як правосвідомість, правова культура, правова поведінка, правопорядок, джерела права, правові цінності і разом з ними входить у таку цілісну систему, яку позначають терміном «правове життя».

Важливим моментом категоріального зв'язку правового міфу з іншими правовими категоріями є визначення його співвідношення з категорією «джерела права», оскільки правовий міф включається до системи джерел права як одне з її джерел.

Необхідно розмежовувати поняття ідеологічних та юридичних джерел права, оскільки розуміння зазначених джерел знаходиться на різних рівнях і «обслуговує» різні сфери.

⁶⁸⁷ Оборотов Ю.Н. Теория государства и права (прагматический курс) : экзам. справ. / Ю.Н. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — С. 19.

Джерело права в ідеальному або ідеологічному розумінні — це сукупність юридичних поглядів і теорій, під впливом яких утворюється і функціонує право. У такому розумінні джерелом права є такі витoki формування права, які кореняться у правовій і політичній свідомості суб'єктів правотворчості, — це ідеї, концепції, теорії, що покладені до фундаменту правових норм, які являють собою систему факторів, зумовлюючих зміст і форми виразу права.

У загальній теорії права під джерелом права в юридичному, формальному сенсі розуміється форма виразу і усталення правових норм, спосіб виразу і організації змісту права, його зовнішній вигляд⁶⁸⁸; об'єктивоване зміцнення і прояв змісту права в певних актах державних органів, рішеннях судів, договорах, звичаях та інших джерелах⁶⁸⁹, утворенні державою офіційно документованих способів вираження і усталення норм права, надання їм юридичного общеобов'язкового значення⁶⁹⁰; способи формування юридичних норм, тобто прийоми та акти, за допомогою яких ці норми викликаються до життя, стають складовою частиною позитивного права і знаходять статус норм закона, як формальні джерела, які породжують правила обов'язкового характеру⁶⁹¹.

Таким чином, джерела, що несуть у собі правові нормативи, прийнято називати джерелами права у формально-юридичному сенсі.

Зауважимо, що у вітчизняної юриспруденції не дана трактовка міфу як джерела права.

Взаємозв'язок правового міфу з джерелами права може поставати у трьох напрямках. По-перше, міф може виступати як «першонорма», яка передує юридичним джерелам права. У цьому сенсі міф доцільно розглядати як виток права. По-друге, міф також існує як джерело, яке зумовило ідеологічну основу вітчизняних джерел права, наприклад, таких, як Статути Великого князівства Литовського. У цьому разі архаїчні міфи і міфологічні образи втілюють-

⁶⁸⁸ Проблемы общей теории права и государства / Под общей ред. Проф. В.С.Нерсисянца. — М.: НОРМА -ИНФРА, 2004. — С. 265.

⁶⁸⁹ Венгеров А.Б. Теория государства и права: Часть II. Теория права. Том I. — М.: Юрист, 1996. — С. 119.

⁶⁹⁰ Алексеев С.С. Право: азбука. Теория. Философия: опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 76.

⁶⁹¹ Бержель Жан-Луи. Общая теория права. — М.: NOTA BENE, 2000. — С. 97-98.

ся у правовій сфері. По-третє, правові міфи притаманні сучасному позитивному праву.

У своєму первинному, вузькому значенні міфи — це розповіді, які передавались в усній формі, про дії незвичайних істот, легендарних героїв та проявах їх всемогутності — сприймалися в архаїчній культурі як нормативні тексти. Правила поведінки витікали безпосередньо із самих міфологічних текстів, форма і зміст правового тексту співпадали із формою та змістом норми; міф та норма соціальної поведінки були нерозривні. Міфи були первинними джерелами права в потестарному суспільстві. Першонорми соціальної поведінки, які містяться у міфах, включали уявлення про віну та заборону, а також про те, що людина — частина роду, який є одним із елементів космічного цілого. Нормативність міфології мала потрійну спрямованість: «першонорми» покликані були регулювати відношення між індивідами, між індивідом і родом, а також між родом і космосом⁶⁹².

Згадку про міф як виток права ми зустрічаємо в комунікативної теорії права.

Міфи у комунікативної теорії розглядаються як правові тексти поряд із законами, звичаями, договорами, прецедентами та ін. Правові норми не містяться в правових текстах (міфах) буквально, а формуються у свідомості суб'єктів як **результат соціальної інтерпретації і легітимації правових текстів**. Укладений у правових текстах (міфах, звичаях, законах, договорах та ін.) нормативний зміст може у певних обставинах отримати соціальну легітимацію і бути інтерпретований як правило поведінки (норма), яке буде впливати на їх поведінку⁶⁹³.

Слід помітити, що у вказаній теорії до міфів-правових текстів відносяться архаїчні міфи. Міфи як первинні правові тексти, як першонорми, слід розглядати як витoki, що передують юридичним джерелам права.

Міфи можуть виступати також як ідеологічне джерело права. Це міфологічні образи та міфологеми, які корінються у свідомості

⁶⁹² Бачинин В. А. Философия права. Конспект лекций. — Харьков: Консум, 2002. — С. 259.

⁶⁹³ Поляков А. В., Тимохина Е. В. Общая теория права. Учебник. — СПб.: Издательский Дом С.-Петербургского гос. ун-та, 2005. — С. 284.

суб'єктів правотворчості та покладені до основи правових нормативів.

Як приклад міфа в ідеологічному сенсі можна привести тексти Статутів Великого князівства Литовського — найважливішого джерела права феодальної Європи.

На підставі тексту Статуту ВКЛ 1529 можна виділити архетипічні міфологеми — найважливіші міфологічні універсалії, що вбирають і концентрують основні параметри та характеристики соціально-правової дійсності зазначеного періоду. Такими є поняття суду, судді та правосуддя, «необхідності судити по праву писаному», права і правди; рівності і справедливості («всех у Великому князівстві Литовсько одним правом судити мають»); шанування і повагу старого і старшого (старі звичаї, старший брат, старший в сім'ї); поняття роду як непорушною опори, основи життя, поняття кари і покарання; поняття договору як угоди і згоди, стану миру і взаєморозуміння та ін.⁶⁹⁴

Правові міфи властиві не тільки архаїчному і литовськоруському праву, але і сучасному українському законодавству. У сучасному праві міфи існують у вигляді симулякрів, тобто символів, які підміняють собою відсутню реальність. Міфологічне коріння мають нормативні положення про заборону втручання до приватного життя і недоторканість житла; положення про наклеп, закріплені в багатьох законодавчих актах різних правових систем; положення кримінального законодавства про встановлення відповідальності за наругу над могилами; міфологічні елементи можна знайти і в нормах, які передбачають відповідальність за мародерство і т.ін. Наявність міфів у позитивному праві підвищує його легітимність, оскільки дозволяє звертатися до масового підсвідомого — найсталішого елементу правосвідомості.

У категоріальному апараті юриспруденції категорія правового міфу взаємодіє із категорією правопорядка. Правовий міф, таким чином, спрямований на створення досконалої правової дійсності і, реалізуючись завдяки своїй життєвій силі, енергії, лежачої за межами людської підсвідомості, здатний вносити впорядкова-

⁶⁹⁴ Статути Великого князівства Литовського: — У 3-х томах. — Том 1. Статут Великого князівства Литовського 1529 року / За ред. С.Ківалова, П.Музиченка, А.Панькова. — Одеса: Юридична література, 2002. — С. 464.

ність, стабільність до правової реальності. Він може виступати в ролі опори, непорушної основи громадського спокою і порядку, упевненості громадян у своїй захищеності, оскільки містить в собі орієнтир людської поведінки, осмислення себе і своїх вчинків в контексті буття. Він здатний пояснити людині його місце в світі, ефективно прив'язати його до якої-небудь значущої для нього соціальної спільності.

Поряд з тим, що правовий міф передує правопорядку, він постає і як одна із його складових, оскільки правопорядок — це завершаючий етап усіх юридичних форм і процесів. Він вбирає в себе всі впорядковуючи начала, які виходять із різноманітних правових явищ, постають сумуючою величиною. Адже правопорядок є юридичним результатом, до якого прагне державна влада та всі суб'єкти права, використовуючи різноманітні прийоми та шляхи⁶⁹⁵. Одним із таких шляхів є існуючі в соціумі правові міфи, які містять у собі потребу людей у правопорядку та здатні врегулювати та направити їх поведінку і вчинки у напрямку створення правового порядку.

Важливою є роль міфа у взаємодії із такою правовою категорією, як правосвідомість. Міфи правосвідомості є невід'ємними елементами будь-якого соціокультурного простору. У правосвідомості продовжують бути присутнім і жити своїм, цілком самостійної соціокультурної життям чимало фігур міфомислення. Це, по-перше, духовна практика апеляцій до абсолютного авторитету: у природному праві таким може виступати або Бог, або розум, а в позитивному праві це завжди держава. Для індивідуальної правосвідомості абсолютну авторитетність повинні і можуть мати вимоги та правонормативні приписи. По-друге, це апеляція до дива: правосвідомість схильна пов'язувати його з ідеєю вищої справедливості, з вірою в її рятівну роль, здатність надати соціального життя таку ступінь гармонійності і досконалості, що вона стане казковою і небувалою. По-третє, це апеляція до таємниці⁶⁹⁶. Правовий міф не може бути однозначно віднесений ані до раціональних,

⁶⁹⁵ Общая теория государства и права. Академический курс/ Отв. ред. Проф. М.Н.Марченко.-М.: «Зерцало», 1998. — Том 2. — С..536-537.

⁶⁹⁶ Бачинин В.А. Миф и право / В.А. Бачинин // Смыслы мифа: мифология в истории и культуре : Сб. в честь 90-летия проф. М.И. Шахновича. — Вып.

ані до ірраціональних елементів правосвідомості. При цьому він здійснює сильний вплив не тільки на індивідуальну, але і на колективну і масову правосвідомість. Зокрема, таким впливом характеризуються міфи про всесильну державу як вищий авторитет; міфи про справедливість і можливість її реального втілення у праві, міф про юридичне таїнство і т.ін. Міфи властиві і професійній правосвідомості, зокрема, міф про те, що зміна законодавства є найефективнішим способом вирішення проблем у правовому житті; міф про недосконалість конституції, уявлення про те, що встановлення більш суворих покарань призводить до зниження рівня злочинності, міф про права людини, який стверджує, що всі права людини можуть і повинні бути забезпечені і реалізовані; міф про народовладдя, який полягає в тому, що влада в державі належить народу; міф про невідворотність відповідальності за вчинений злочин, яке означає своєчасне розкриття будь-якого протиправної дії; міф про поділ права на приватне і публічне, про правову державу, про верховенство Конституції.

Як компоненти правової культури та правового життя у цілому, правові міфи, володіючи ціннісно-регулятивною функцією, впливають на правосвідомість та формування правової культури суб'єктів права.

Можна стверджувати, що механізм дії права, який спрямований на врегулювання та впорядкування важливіших сфер суспільного життя забезпечується правовими засобами, зокрема такими, як правові міфи.

Правовий міф у категоріальному апараті юриспруденції як правову категорію слід віднести до рівня абсолютних правових цінностей.

Для сучасного права вдосконалення і використання юридичного інструментарія дозволяє проникнути у все різноманіття правових явищ, засвоїти правову сферу в її концептуально-понятійному виразі, а правовий міф постає в системі правового інструментарію як одна з правових категорій.

4.5. ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ

Загальнотеоретична юриспруденція як наука включає методологічну складову, категоріальний апарат і дослідницькі підходи, за допомогою яких забезпечується осягнення права і держави, розкривається їхня юридична трансляція із однієї епохи до іншої, визначаються можливості спадкоємності і запозичення, характер стійкості і мінливості, причини дієвості і неспроможності⁶⁹⁷.

Понятійно-категоріальний апарат теорії держави і права О. Ф. Скакун визначає як систему узгоджених і взаємопов'язаних понять і категорій, які необхідні для теоретичного вивчення явищ держави і права.

Для забезпечення юридичної безпеки поняттям і категоріям дається визначення (дефініція), яке слугує моделлю, що дозволяє порівнювати з її змістом різноманітні ситуації, які виникають в реальному житті. Визначення (дефініція) поняття виражає: 1) його матеріальний зміст; 2) формальний зміст (форму) терміну, яким визначається поняття. Дефініція повинна містити всі елементи і багатоманітні зв'язки між елементами, приховані в даному понятті⁶⁹⁸.

Процес розроблення дефініції продовжується в категоріалізації понять — створенні категорій. Юридичні категорії є об'єктивно-суб'єктивними утвореннями. З одного боку, вони мають тільки значення, яким їх наділяє об'єктивна реальність. З іншого, вони неможливі без інтелектуальних зусиль юристів, які констатують їх, системно класифікують, усувають хаос і невизначеність фактів суспільного життя⁶⁹⁹.

У сучасній Українській державі одним із основних напрямів розвитку вітчизняної правової системи визнано пріоритет людини, її прав і свобод. Закріплені в Конституції України основні права і свободи людини і громадянина матимуть значення лише за наявності правового механізму їх реалізації і захисту.

Доступ до правосуддя є одним із основних прав людини, гарантованих як міжнародно-правовими нормами, так і Конститу-

⁶⁹⁷ Общеакадемическая юриспруденция: учебный курс : учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. — О. : Феникс, 2011. — С. 7-8.

⁶⁹⁸ Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): Учебник. — Харьков: Эспада, 2005. — С. 34-36.

⁶⁹⁹ Бергель Жан-Луи. Общая теория права. — М.: NOTA BENE, 2000. — С. 358.

цією України, без якого захист усіх інших прав і свобод людини і громадянина у сучасному суспільстві навряд чи можливий. Одним із найсуттєвіших аспектів доступу до правосуддя є право на отримання кваліфікованої юридичної допомоги, яке конституційно гарантується усім і кожному. Тому, на думку В. С. Наливайка⁷⁰⁰, інститут правової допомоги повинен стати важливим об'єктом правових досліджень, що має велике значення в сучасних умовах судово-правової реформи, у рамках якої приділяється особлива увага забезпеченню доступу до правосуддя, підвищенню ефективності захисту прав і свобод громадян.

Правова допомога є однією з категорій юриспруденції. Юридична природа права на правову допомогу включає у своєму нормативному змісті єдність матеріального і процесуального витоків, воно може розглядатися як право-гарантія, яке повинно забезпечувати належні юридичні умови для послідовної реалізації права та ефективного досягнення громадянами юридичних цілей⁷⁰¹.

У широкому сенсі правову допомогу розглядають як міжгалузевий інститут⁷⁰², який об'єднує у собі правові норми, що складають основу діяльності державних і громадських органів, спрямованих на надання громадянам і організаціям правової допомоги. У вузькому сенсі правова допомога — це система дій, спрямованих на забезпечення і захист прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб.

У науковій літературі міститься велика кількість дефініцій правової допомоги, серед яких можна навести наступні:

- правова допомога — це допомога, яка надається тільки у випадку захисту від обвинувачення у кримінальних справах лише адвокатами⁷⁰³;
- правова допомога — це будь-який вид правової допомоги, за винятком захисту особи від обвинувачення у кри-

⁷⁰⁰ Наливайко В.С. Поняття і значення правової допомоги в Україні / В. С. Наливайко // Юриспруденція : теорія і практика. — 2009. — № 2. — С. 17.

⁷⁰¹ Наливайко В.С. Вказ.праця. — С. 17-24.

⁷⁰² Кельман М.С. Загальна теорія держави і права : Підручник. / Кельман М. С., Мурашин О. Г., Хома Н. М. — Львів : Новий світ. — 2000, 2003. — С. 375.

⁷⁰³ Бірюкова А.М. Щодо проекту закону України «Про правову допомогу», розробленого Міністерством юстиції України: Зауваження і пропозиції / А. М. Бірюкова, С. В. Гончаренко // Адвокат. — 2004. — С. 21.

мінальних справах, який є однопорядковим із правовою допомогою поняттям і не включається до останнього⁷⁰⁴;

- правова допомога — це будь-яка допомога правового характеру, яка надається безоплатно на підставах, визначених законом, та суб'єктами, передбаченими в законі. За критерієм оплатності (безоплатності) правова допомога відрізняється від правових послуг, які завжди надаються на платній основі згідно з положенням Цивільного кодексу України⁷⁰⁵;
- правова допомога — це будь-який вид допомоги, який надається адвокатами, на відміну від приватно-практикуючих юристів, які не є адвокатами (фахівці у галузі права), та юридичних осіб приватного права (юридичних фірм, юридичних компаній), що надають правові послуги⁷⁰⁶.

Під правовою допомогою О. В. Кузьменко розуміє можливість особи використовувати і захищати свої права у будь-яких судах, які компетентні ухвалювати рішення у цивільних, адміністративних справах тощо⁷⁰⁷.

У довідковій літературі правова допомога визначається як сформована у міжнародних відносинах система нормативних і організаційно-правових заходів, які використовуються при співробітництві держав у галузі взаємного надання правової допомоги у цивільних, сімейних і кримінальних справах, в яких вимагається здійснення процесуальних дій на території більш ніж однієї держави⁷⁰⁸.

У своїй праці «Правова допомога: Зарубіжний досвід та пропозиції для України» О. А. Бранчук та М. С. Демкова досліджують проблеми інституту правової допомоги в Україні та зарубіжних країнах. Зокрема, автори пропонують на законодавчому рівні нада-

⁷⁰⁴ Бірюкова А.М. Вказ.праця. — С. 21.

⁷⁰⁵ Волков А. Бесплатная юридическая помощь / А. Волков, А. Гаврушко // Юридическая практика. — 2003. — № 32 (294).

⁷⁰⁶ Волков А. Б. — Вказ.праця.

⁷⁰⁷ Кузьменко О.В. Адміністративна юстиція в Україні: Навч. посібник. — К., 2007. — С. 156.

⁷⁰⁸ Большой юридический словарь / Ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. — М., 2004. — С. 465.

ти таке визначення правової допомоги — це будь-які дії, які мають правовий зміст, учиняються визначеними в законі суб'єктами, що мають визначений рівень освіти, спрямовані на реалізацію і захист прав, свобод та законних інтересів особи, яка звертається за допомогою, та мають відповідати визначеним принципам їх надання⁷⁰⁹.

Серед характеристик кваліфікованої юридичної допомоги:

- діяльність осіб, що мають спеціальні знання в галузі права, для надання якісних правових послуг⁷¹⁰;
- консультаційні послуги і представництво інтересів⁷¹¹;
- не стільки право підозрюваного, обвинуваченого, підсудного мати захисником будь-яку особу, яку він вважає кваліфікованою, скільки залучення для здійснення захисту особи, що дійсно має відповідні професійні навички (адвокат)⁷¹²;
- гарантована законом можливість особи отримати необхідну допомогу від осіб, що володіють спеціальними юридичними знаннями, вміннями і навичками, що дозволяє людині ефективно захищати і відстоювати свої права та законні інтереси⁷¹³.

В. С. Кашковський визначає юридичну допомогу як допомогу, що надається в результаті здійснення професійної діяльності юриста, основною метою якої є необхідне сприяння у попередженні порушення прав, свобод та законних інтересів суб'єктів права, усуненні або зменшенні негативних наслідків такого порушення та у відновленні належного положення суб'єкта права. При цьому

⁷⁰⁹ Правова допомога: зарубіжний досвід та пропозиції для України / [Автори-упорядн. : О. А. Банчук, М. С. Демкова]. — К. : Факт, 2004. — С. 9.

⁷¹⁰ Невская О.В. Что такое квалифицированная юридическая помощь? / О.В. Невская // Адвокат. — 2004. — № 11. — С. 39.

⁷¹¹ Кудрявцева А.В. Участие адвоката-защитника на стадии предварительного расследования и в суде первой инстанции : монография / А.В. Кудрявцева, В.С. Попов. Челябинск : Полиграф Мастер, 2006. — С. 156.

⁷¹² Орлов А.В. Конституционные нормы, обеспечивающие обвиняемому право на защиту в Российском уголовном процессе : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / А. В. Орлов. — Саратов : СЮИ МВД России, 2004. — С. 9.

⁷¹³ Смагин Г.А. Конституционно-правовые вопросы оказания юридической помощи в Российской Федерации : дис. кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Смагин Г. А. — М., 2003. — С. 130.

самостійність юридичної допомоги як засобу забезпечення прав, свобод, законних інтересів особистості, її незводимість до жодних інших гарантій реалізації прав і свобод людини і громадянина (правосуддя, контролю, нагляду тощо) зумовлені тим, що вона являє собою професійну юридичну підтримку самої правової діяльності конкретної особи з реалізації її прав, свобод, законних інтересів у формах її повного або часткового заміщення або підготовки до неї. На думку цього автора, юридичній допомозі як правовій категорії притаманна сукупність ознак, до числа яких можна віднести:

- вплив на елементи життєдіяльності фізичної або юридичної особи негативних факторів, що викликають загрозу природного здійснення правового статусу;
- активна професійна діяльність юриста, спрямована на розуміння передконфліктної або конфліктної ситуації, що склалася, та яка загрожує нормальному здійсненню прав і свобод фізичної або юридичної особи, яка звернулася по допомогу;
- укладення угоди на надання юридичної допомоги⁷¹⁴.

В. В. Печерський виокремлює такі ознаки правової допомоги:

- дія на елемент життєдіяльності конкретної фізичної чи юридичної особи несприятливих факторів, що викликають загрозу природного здійснення правового статусу;
- професійна діяльність юриста, спрямована на розуміння доконфліктної чи конфліктної ситуації, яка склалася і загрожує нормальній реалізації прав і свобод фізичної чи юридичної особи, які звернулися по допомогу;
- укладення угоди про надання правової допомоги;
- співпраця особи, що потребує правової допомоги, з обраним нею юристом, спрямована на повідомлення її, надання інформації, передачу документів, речових доказів;
- професійна таємниця як обов'язковий елемент довіри між юристом і особою, що потребує правової допомоги;
- незалежність юриста від інших фізичних і юридичних осіб;

⁷¹⁴ Кашковский В.С. Юридическая помощь как правовая категория и социально-правовое явление : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В. С. Кашковский. — Тамбов, 2009. — С. 13-14.

- наявність особливих (здебільшого, врегульованих законодавством) засобів, прийомів і способів надання юридичної допомоги;
- неможливість гарантії позитивного результату при наданні правової допомоги⁷¹⁵.

На думку В. С. Кашковського, під кваліфікованою юридичною допомогою слід розуміти діяльність осіб, які мають спеціальні знання у галузі права, пов'язану з надання якісних юридичних послуг. Кваліфікованій юридичній допомозі притаманні такі ознаки:

- це завжди діяльність із надання юридичних послуг;
- здійснюється тільки визначеним колом суб'єктів, які мають вищу юридичну освіту, необхідний рівень професіоналізму, досвід, спеціальний статус, ліцензію тощо, а також відповідають кваліфікаційним вимогам;
- передбачає не просто надання юридичних послуг кваліфікованим спеціалістом, а надання саме якісної юридичної допомоги⁷¹⁶.

Стаття 59 Конституції України визначає, що кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно⁷¹⁷.

Законом України «Про безоплатну правову допомогу»⁷¹⁸ на державному рівні надаються визначення таким термінам, як правова допомога, безоплатна правова допомога, безоплатна первинна правова допомога, безоплатна вторинна правова допомога, правові послуги, законні представники тощо.

До прийняття Закону України «Про безоплатну правову допомогу» на законодавчому рівні надавалося визначення гарантованої Конституцією України права на правову допомогу.

Право на правову допомогу — це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах,

⁷¹⁵ Печерский В.В. Юридическая помощь и юридическая услуга: Формирование и сравнение понятий / В. В. Печерский // Юстиция Белоруси. — 2005. — № 7. — С. 34.

⁷¹⁶ Кашковский В.С. Вказ.праця.- 24 с.

⁷¹⁷ Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради. — 1996. — № 30. — Ст. 141.

⁷¹⁸ Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. // Голос України. — 2011. — № 122.

визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права. Це право є одним із конституційних, невід'ємних прав людини і має загальний характер. У контексті ч. 1 ст. 59 Конституції України, якою закріплено, що «кожен має право на правову допомогу», поняття «кожен» охоплює всіх без винятку осіб — громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які перебувають на території України. Здійснення права на правову допомогу засноване на дотриманні принципів рівності усіх перед законом та відсутності дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками⁷¹⁹.

Конституційний суд України у своєму рішенні від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 Кримінально-процесуального кодексу України, ст. ст. 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) визначив поняття «право на правову допомогу» як гарантовану Конституцією України можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги⁷²⁰.

Законом України «Про безоплатну правову допомогу» права допомога визначається як надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав та свобод, їх відновлення у разі порушення⁷²¹.

Пропонується визначати правову допомогу як правові послуги, спрямовані на реалізацію забезпечення не тільки прав і свобод людини і громадянина, але й юридичних обов'язків, визначених

⁷¹⁹ Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30.09.2009 р. // Офіційний вісник України. — 2009 р. — № 79. — Ст. 2694.

⁷²⁰ Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення ст. 59 Конституції України та ст. 44 КПК України від 16.11.2000 р. // Вісник Конституційного суду України. — 2001. — № 9. — С. 24-30.

⁷²¹ Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. // Голос України. — 2011. — № 122.

Конституцією України та іншими нормативно-правовими актами, зокрема, обов'язків щодо сплати податків і зборів у порядку і розмірах, установлених законом, обов'язку неухильно дотримуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей, проходження обов'язкової військової служби, сплата судового збору при поданні позовних заяв до судів різних інстанцій тощо⁷²².

Ураховуючи порядок організації, надання та отримання правової допомоги, можна виокремити такі її ознаки:

- а) правова допомога — це різновид юридичної діяльності;
- б) отримує вираження у наданні правових послуг;
- в) може надаватися як на платній, так і на безоплатній основі;
- г) відсутність гарантії позитивного результату правової допомоги;
- д) передбачає наявність професійної таємниці;
- ж) наслідки правової допомоги мають юридичне значення⁷²³.

Діяльність юриста має суб'єктивно-об'єктивний характер; спрямована на отримання результату за допомогою правових засобів та різноманітних способів; виражається в діях (англ. action/act) — цілеспрямованих, запланованих. О. Ф. Скакун під юридичною діяльністю розуміє систему конкретних дій з охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів особистості, які здійснюються юристом-професіоналом у межах права та мають юридичні наслідки⁷²⁴.

Науковець С. Д. Гусарев як вид юридичної діяльності виокремлює захист клієнтів у юридичних справах, що розглядаються у судах, із використанням праці адвокатів, які здійснюють також консультативну роботу з питань застосування норм права⁷²⁵.

Можна зазначити, що в процесі здійснення юридичної діяльності, спрямованої на захист прав, свобод та законних інтересів

⁷²² Личко В.С. Поняття та види правової допомоги в Україні: загальнотеоретичне дослідження : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В.С. Личко. — Одеса, 2013. — С. 8.

⁷²³ Личко В.С. Вказ.праця- С. 8.

⁷²⁴ Скакун О.Ф. Вказ.праця.- С. 798.

⁷²⁵ Гусарев С.Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти / С.Д. Гусарев. — К. : Знання. — 2005. — С. 116.

особистості, юрист-професіонал (адвокат, фахівець у галузі права) здійснює надання правової допомоги.

До типових елементів юридичної діяльності належать:

- програмування пошуку, перевірки та оцінки фактичної інформації, що проводиться з дотримання свободи вибору методів роботи;
- пошук правової інформації, її доступність, інформаційна насиченість виконуваної роботи;
- правова оцінка представлених або знайдених фактів, що ґрунтується на формальній визначеності виконуваної роботи;
- добір правових норм та отримання юридичного висновку як вияв відповідного ступеня творчої самостійності при вирішенні юридичних справ та правових завдань;
- ведення у правових рамках переговорів, виступів у судах та інших органах, посередництво при вирішенні конфліктів, що не виключає відповідного ступеня ризику;
- підготовка та оформлення правових документів у вигляді рішень, довідок, пропозицій, розробка та обґрунтування позицій, які передбачають відповідний темп та безперервність виконання роботи, залучення технічних засобів;
- контроль за процесом і результатами чиеїсь діяльності, підконтрольність та відповідальність власної діяльності тощо⁷²⁶.

Думається, що зазначені вище елементи юридичної діяльності можна спроектувати і на правову допомогу як на один із видів практичної юридичної діяльності.

З огляду на вищевикладене, підходити до розгляду правової допомоги можна як із точки зору юридичної діяльності, так і з позиції правової послуги. Уявляється, що правова допомога як процес відбувається як юридична діяльність кваліфікованого суб'єкта (адвоката або фахівця у галузі) та виражається зовні у вигляді правової послуги як результату юридичної діяльності.

Відповідно, стає можливим сформулювати дефініцію правової допомоги як поняття загальнотеоретичної юриспруденції: правова

⁷²⁶ Скакун О.Ф.Вказ.праця.- С. 799.

допомога — це різновид юридичної діяльності, який спрямований на здійснення правових послуг для зацікавлених осіб публічного і приватного права. Правова допомога може здійснюватися як на платній, так і на безоплатній основі, причому сфера безоплатної правової допомоги чітко регламентована діючим законодавством.

Правова допомога на сьогодні відіграє важливу роль у формуванні правової держави, розвитку соціально-активного та захищеного громадянського суспільства, а також є вираженням того, що право — це не тільки інструмент упорядкування та охорони окремих соціальних відносин, але й засіб для досягнення окремими індивідами встановлення справедливості. Розуміння значення правової допомоги дозволить не тільки глибше зрозуміти її місце у правовій сфері, але й наблизитися до з'ясування аксіологічної сутності права.

4.6. АНОМАЛІЇ У ПРАВІ ТА ЇХ РІЗНОВИДИ

Вітчизняна юриспруденція перебуває у стані реформування й переходу на платформу нової правової парадигми. В юридичній теорії ця парадигма формується через виявлення природи права, оскільки воно є ключовим поняттям, яке має багаторівневе теоретичне вираження. На цьому тлі все більшої актуальності набуває пошук нових пояснень негативним соціальним процесам і явищам, що існують у суспільстві, й способів їх усунення. У зв'язку із цим актуалізується проблематика деформації в правовому полі. Між тим, у юридичній літературі відсутня чітка позиція щодо питання про поняття аномалій у праві.

Одразу слід звернути увагу на необхідність розмежування понять «правова аномалія» і «аномалія у праві», тому що між даними категоріями є принципова різниця, а саме: правові аномалії — це аномальні юридичні конструкції, які присутні в праві (різного роду ризики, аномальні права в деяких видах цивільних угод і т.ін.), а аномалії у праві спочатку не передбачені, але ці феномени об'єктивно існують і хоча це й відхилення від норми, вони юридично не карні. Саме про аномалії в праві й піде мова.

Дослідження поняття «аномалій у праві» необхідно розглядати виходячи з загального поняття аномалії, де аномалії — це фено-

мени, виділені із загального контексту людської психіки внаслідок їхнього серйозного відхилення (у той або інший бік) від норми, нормального психічного стану. Усе вихідне за «рамки звичайного» можна по-іншому назвати виходом за «межі норми». Передбачається, що в цих межах перебуває не одне, а якесь число станів, кожне з яких є більш-менш «нормальним» вираженням звичайних психофізичних функцій організму.

Розробляючи поняття норми й аномалії, дослідники основну увагу приділяли аномалії, через яку й визначали норму, оскільки дати визначення поняття «норма» досить складно, тому що ознаки, які повинні його формувати, оцінні, складновловимі й мінливі. Категорії міри й норми присутні в діалогах Платона, де міркування щодо їхньої сутності вплетене в тканину міфологічного переказу. Ці поняття використовуються в етиці Аристотеля вже як методична якість розрізнення вчинків людини на шляху до чесноти на основі етичного принципу «золотої середини», де, по суті, реалізується етичний заповіт семі грецьких мудреців: нічого занадто. Аристотель характеризував норму як середню величину між надлишком і недоліком.

Для розуміння норми необхідно виходити з того, що «зрозуміти природу соціальних норм можна лише на основі загального філософського вчення про міру взагалі й соціальну міру зокрема». Опираючись на це визначення, сучасні дослідники дійшли думки, що дана інтерпретація норми-міри щонайкраще відповідає сучасним філософським вимогам.

Співвідношення понять «норма», «міра», «аномалія» проявляється в тому, що:

- міра і норматив є окремими випадками норми;
- міра є окремий випадок норми як помірністю якістю;
- протилежністю норми є аномалія.

Спробуємо розглянути інтерпретацію поняття аномалій у праві через такі поняття як норма, аномалія, патологія.

У юридичній літературі відсутня чітка позиція щодо поняття аномалії. Поняття норми та аномалії варто виводити з її філософських, психологічних і психофізіологічних інтерпретацій, в іншому випадку всі теоретичні конструкції носитимуть схоластичний

характер⁷²⁷. І оскільки необхідне для нашого дослідження поняття аномалії у праві розроблене меншою мірою, а впливає воно з поняття норми та самим тісним образом пов'язане з поняттям патології, представляється необхідним розглянути їх докладніше.

В дихотомії норма/аномалія, акценти часто зміщуються в бік другого елемента, а межі між членами цієї дихотомії іноді розглядаються дослідниками як розмиті⁷²⁸.

Дисгармонія повинна бути пов'язана з вирішенням антагоністичних протиріч, тобто таких, які не здатні утворити баланс. Протилежністю норми є аномалія. Таким чином, перевага в результаті антагоністичного розвитку однієї із протилежностей, що утворить нову систему взаємозв'язків, призводить до аномалії.

Аномалія — поняття широкє, та крім загальної характерологічної якості — відхилення від норми може служити синонімом патології. Порівнюючи норму й відхилення, ми зіштовхуємося з більшим діапазоном розумінь цього явища. Аномалії — це феномени, виділені із загального контексту людської психіки внаслідок їхнього серйозного відхилення (у той або інший бік) від норми, нормального психичного стану. Ми говоримо про аномалії, коли кількість явищ, їхня інтенсивність і тривалість виходять за рамки звичайного⁷²⁹.

Необхідно зазначити, що оцінка патології як аномалії з негативним знаком і одночасно як антипода норми носить характер презумпції, але презумпції, досить корисної для дослідницьких цілей. Використовуючи догматичний метод, що виходить із визнання тільки двох значень істинності — істини й неправди, запропонована класифікація незначного та на противагу досить значного відхилення, норма та ненорма виключають будь-які сумніви. Але така логічна система прийнятна для міркувань із позицій формальної логіки, яка фіксує предмети лише метафізично. Для діалектичного розуміння необхідно досліджувати конструкції з об'єктами, які

⁷²⁷ Плахов В.Д. Социальные нормы. Философские основания общей теории. — М.: Наука, 1985.

⁷²⁸ Плахов В.Д. Традиции и общество: опыт философско-социологического исследования. — М.: Мысль, 1982. — 220 с.

⁷²⁹ Кудрявцев В.Н. Социальные деформации: причины, механизмы, пути преодоления. — М.: Юрид. лит., 1992.

перебувають у постійному русі, розвитку, а також у перехідному стані. Між умовними полюсами (норми та патології) перебуває велике поле відхилень, аномалій.

Деякі автори розглядають відхилення у контексті ролі права в житті соціуму як деформацію правової свідомості, що розуміється як зміна його стану, при якому формуються певні раціональні та психологічні уявлення, знання, судження, що перекручено відображають правову дійсність і виражаються в негативному відношенні до правових установок⁷³⁰.

Усе, що виходить за рамки звичайного, називають виходом за «межі норми», у рамках якої перебувають не один, а невизначена кількість психічних станів, кожен з яких є більш-менш «нормальним» вираженням звичайних психофізичних функцій організму. Аномалію у праві розуміють як різного роду перешкоди в правовому регулюванні суспільних відносин.

Аномалія у праві є відхиленням від загальної закономірності, від нормального формування й розвитку суспільних відносин, зумовленим різними факторами об'єктивного та суб'єктивного порядку⁷³¹.

Зрозуміло, що аномалію у праві необхідно відрізнити від патології, яку пов'язують з антигромадською поведінкою тих або інших суб'єктів, і яка, на відміну від аномалії у праві, може бути зумовлена факторами тільки суб'єктивного, а не об'єктивного порядку.

Аномалію у праві необхідно розглядати як різного роду перешкоди в правовому регулюванні суспільних відносин. Аномалія в праві є обумовлене різними факторами об'єктивного й суб'єктивного порядку відхилення від загальної закономірності, від нормальної течії й розвитку суспільних відносин.

Аномалії у праві мають багато проявів, але ж тільки не як правопорушення, оскільки правопорушення мають зовсім іншу правову природу.

Ми можемо розглянути такі різновиди аномалій, як аномалії в правосвідомості — правовий нігілізм, правовий ідеалізм, право-

⁷³⁰ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: Норма и патология. — М. : Наука, 1982. — 288с.

⁷³¹ Общая теория государства и права: Академический курс: В 3 т. / отв. ред. М.Н.Марченко. — М.: Зерцало — М, 2001. — 528 с.

вий інфантилізм, правовий цинізм; аномалії в правореалізації — юридичний конфлікт, дефектні юридичні факти; аномалії у поведінці — зловживання правом та об'єктивно протиправна поведінка та аномалії в нормотворчій діяльності — колізії та прогалини у праві.

Перейдемо до видів аномалій у правосвідомості: правовий нігілізм, правовий ідеалізм, правовий інфантилізм ⁷³², правовий цинізм.

Правовий (або юридичний) нігілізм являє собою невизнання права як соціальної цінності та проявляється в негативному ставленні до права, законів, правопорядку, у невір'ї в необхідність права, його можливості, суспільну корисність.

Правовий ідеалізм виступає антиподом правового нігілізму й означає переоцінку права. Хоча зовні правовий ідеалізм менш помітний, ніж правовий нігілізм, він також деструктивний за своїм наслідком ⁷³³. Правовий ідеалізм називають ще правовим фетишизмом або правовим романтизмом.

Проміжним станом правосвідомості є правовий інфантилізм, що представляє собою несформованість і пробільність правових приписів стосовно до нових правових умов, недостатність правових знань та установок. Згодом така правосвідомість у досить короткий строк трансформується в іншу форму, що залежить від зовнішніх факторів та індивідуальних особливостей суб'єкта.

Щодо правового цинізму, то це є найтяжчою формою деформації правосвідомості. Правовий цинізм — це деструктивне, безсоромне, з явно вираженою нелюбов'ю (ненавистю) до людей, абсолютне заперечення права, кримінально-відверте зневажання людською правовою культурою і загальноприйнятими правилами, внутрішніх духовних якостей, якими керується людина, неповага до прав і свобод громадян. У сфері моралі він проявляє себе як глузливий аморалізм, що відверто нехтує загальним моральним

⁷³² Скуріхін С.М. Правові аномалії та їх прояв у діяльності Збройних Сил України // С.М.Скуріхін // Актуальні проблеми держави і права: зб.наук. праць. — О.: Юрид. л-ра, 2007. — Вип. 36. — С. 165-173.

⁷³³ Матузов Н. И. Правовой нигилизм и правовой идеализм как две стороны одной медали // Н.И.Матузов // Известия высших учебных заведений. Сер. Правоведение. — 1994. — № 2. — С. 5-12.

нормам. Найшкідливішим є правовий цинізм, що виступає у двох формах — індивідуальній та суспільно-державній. У першому випадку це позиція деструктивно орієнтованої свідомості з яскраво вираженими мізантропними установками і кримінальними схильностями. У залі суду часто звучить фраза: «Злочин скоєно з особливим цинізмом». Суб'єкти правового цинізму здатні здійснювати злочини проти особистості, її життя, здоров'я і гідності «з особливим цинізмом» (традиційне формулювання кримінальних кодексів багатьох держав). У таких злочинах присутнє прагнення злочинця принизити, осоромити жертву, знищити її людську гідність. Державний цинізм є атрибутом неправових систем легістського характеру, де у формі, яка зовні нагадує мову звичайних юридичних приписів, зосереджений зміст, який нехтує правами і свободами громадян, позбавляє їх можливості захистити себе від безмежної сваволі державної влади. Правовий цинізм характеризується не лише рівнем суспільної небезпеки, але й мотивацією. Цинічна правосвідомість заснована на свідомому запереченні закону з мотивів користі, жорстокості, жадібності тощо. До індивідуального цинізму належить також пошук лазівок у діючому законодавстві, використання «телефонного права» та інших форм ігнорування соціальної відповідальності перед правом.

Конфлікти посідають особливе місце в політиці, оскільки вони предметно пов'язані з суб'єктним складом цих кризових станів (народ, владні структури, політичні партії та інші інститути); з особливими об'єктами конфліктів (захист суверенітету держави, територія, владні повноваження, прерогативи владних структур тощо); з вирішенням принципових питань державотворення (укріплення політичної та економічної незалежності, утворення нових політичних інститутів, стратегія і тактика реформ та ін.); з суттєвими наслідками розв'язання чи нерозв'язання конфліктів щодо інтересів соціальних груп або ж усього українського народу; з наявністю державно-правових конфліктів та їх небажаними наслідками, які спричинені небажанням владних структур прогнозувати нарощування розвитку конфліктних ситуацій.

Кризові та транзитивні (перехідні до стабілізації) суспільства мають досить нестабільні й конфліктні за характером відносин державні інституції, що пояснюється проблемністю соціально-

го простору. Серед причин соціально-політичної нестабільності в Україні фахівці називають незавершену політичну структуруваність українського соціуму, недостатньо високий рівень правової та політичної культури, відсутність консолідуючих суспільство ідей та тривалу кризу самоідентифікації особистості, і як наслідок, зростає «поле» конфліктів інтересів, потреб, цінностей і норм. Деформація соціальних відносин, кризові стани суспільства, соціальна дихотомія (розкіл) виникають у разі нелегітимної диференціації соціуму. Безпосереднім предметом «конфлікту інтересів»⁷³⁴ у державній та правовій сферах стає зіткнення через владні ресурси, позиції еліти, управлінської групи, людини, які забезпечують можливість заволодіння та розпорядження ними.

Аномалії у праві у формі юридичного конфлікту породжує взаємозв'язок між політичною владою і державним управлінням та виявляється саме у змісті, структурі, дієздатності політичних і правових інститутів та механізмів. Обидві ці системи діють з метою збереження соціальної стабільності та інституціонального порядку, тому виникає необхідність пояснити і виправдати в очах громадян інституціоналізовані зразки соціально-лояльної поведінки, яка стає для них об'єктивною реальністю. Цей процес «пояснення» і «виправдання» є легітимацією.

Однак істотна відмінність між політичною владою і державним управлінням полягає в тому, що влада в основному спирається на легальний примус, ідеологію, право й авторитет, а управління — на мотиваційну структуру діяльності, тобто враховує людські інтереси, потреби.

Отже, юридичний конфлікт як вид аномалії у праві дозволяє стверджувати, що процес *політичного* управління в державі, залежно від ефективності його правових механізмів, покликаний забезпечувати стан соціальної стабільності (проте, може спричинити і нестабільність), умови для реалізації різних потреб людей. Політичне управління здійснюється на рівні державних органів влади, органів місцевого самоврядування, а також партій, груп тиску, політичних лідерів, засобів масової інформації тощо. *Державне* ж управління — це складова політичного управління, що одночас-

⁷³⁴ Депутатська недоторканість: сучасна парламентська та судова практика: правовий аналіз / За заг. ред. О.В. Задорожного. — К.: Логос, 2004. — 288 с.

но поєднує політико-правові та адміністративні засоби. Його слід розглядати як управління суспільством та окремими соціальними елементами (групами, організаціями, інститутами) у різних сферах з метою забезпечення реалізації громадських і державних цілей.

У процесі встановлення юридичних фактів часто виявляється, що вони мають різного роду недоліки, дефекти. В одних випадках ці дефекти пов'язані зі змістом юридичного факту (наприклад, відсутність необхідного стажу), в інших — із зовнішньою формою його прояву і закріплення (наприклад, дефект у документі, що підтверджує стаж)⁷³⁵.

Насамперед треба визначити, які ж юридичні факти слід вважати дефектними та якими є критерії дефектності. В юридичній науці вироблено два критерії — юридичний і соціальний. Юридичний факт є дефектним у тих випадках, коли його ознаки не відповідають моделі, закріпленої в гіпотезі юридичної норми.

Однак необхідно враховувати, що у нормі права закріплена абстрактна (отже, узагальнена, спрощена) модель фактичної обставини. Будь-який конкретний соціальний факт має значно більше ознак у порівнянні зі своєю нормативною моделлю. Отже, необхідно відмежувати «допустиму» своєрідність юридичного факту від суттєвого, юридично значущого порушення. Для цього необхідний соціальний критерій. На наш погляд, дефектом юридичного факту слід вважати наявність у ньому таких ознак, які свідчать про істотну зміну в його змісті. Так, угода, яка порушує публічний порядок, є дефектною саме у силу свого антисоціального змісту, хоча вона може мати всі необхідні формально-юридичні реквізити.

Дефектність юридичного факту може бути абсолютною і відносною. Абсолютна — означає, що соціальна обставина взагалі втрачає юридичне значення, не може використовуватися як юридичний факт. Відносна — це дефектність тільки для даного правовідношення. Вона не виключає юридичної ролі факту в інших правовідносинах. Наприклад, невизнання стажу таким, що дає право на призначення пенсії за пільгових умов, не виключає використання цього юридичного факту для призначення пенсії у загальному порядку.

⁷³⁵ Общетеоретическая юриспруденция: учений курс: ученик / под. ред. Ю.Н.Оборотова. — О. : Феникс, 2011. — 436 с.

Дефектність юридичного факту має своєю основою дефектність соціально-юридичної ситуації. Дефектною слід вважати таку ситуацію, в якій відсутні деякі необхідні ознаки або існують інші, не передбачені законодавством.

Вивчення масиву ситуацій, що складає предмет правового регулювання, має не тільки теоретичний інтерес. У процесі нормотворчої діяльності, при кодифікації законодавства правотворчий орган повинен чітко визначити межі масиву ситуацій, який закріплений за кожною юридичною нормою, нормативним актом, інститутом або галуззю права; виявити типові ситуації і забезпечити їхнє надійне регулювання; не випустити з поля зору варіанти (модифікації) ситуацій, які вимагають більш детальної регламентації. З цього погляду чітко видно, що дефектні ситуації — не будь-яке випадкове явище в правовому регулюванні, а один з елементів предмета правового регулювання. Визначення в законодавстві юридичного значення дефектних ситуацій сприяє більшій стабільності правового порядку, більш надійному захисту суспільних відносин, які регулюються правом.

Розгляд відхилень від правової моделі юридичних фактів вводить до питань співвідношення понять дефекту і дефектності. При цьому можна стверджувати, що дефект виступає як саме відхилення, тобто причина, яка породжує саме явище, а дефектність є характеристикою «якості» юридичного факту⁷³⁶.

Дефектні юридичні факти — це різновид аномалій у праві, тобто певних відхилень у правовій сфері. Виникнення дефектного юридичного факту може призвести до дефектності того чи іншого фактичного складу, що ускладнює функціонування права та використання правових засобів захисту прав та законних інтересів суб'єктів права.

Як відомо, до правової поведінки класично відносять поведінку правомірну і поведінку протиправну. Однак у правовому бутті об'єктивно існують такі поведінково-правові відхилення від норми — аномалії в праві — нетипові, аномальні варіанти поведінки, які не відповідають ознакам ні винятково правомірної, ні

⁷³⁶ Чувакова А.М. Юридические факты, фактические составы и их дефекты : моногр. / А.М.Чувакова. — О.: Феникс, 2009. — 112 с.

винятково протиправної поведінки, а саме: зловживання правом і об'єктивно протиправні діяння.

Проблема у тому, що серед людей набуло поширення неправильне уявлення про природу речей, що проявляється у вигляді сваволі та ілюзій. Як наслідок — втрачається критерій розрізнення добра і зла, істини і неістини, правильного і неправильного, людей «хороших» і людей «поганих», соціальної норми і патології тощо. Якщо моральні приписи, сформульовані людьми, неадекватно відображають закони природи або якщо люди через свою сваволу та ілюзії зловживають цими моральними приписами, мораль теж стає шкідливою.

Поняття соціальної шкідливості є онтологічним, воно — прояв емпіричного виміру дійсності, що виявляється у наданні явищу певного смислового наповнення через усталені уявлення про належну та неналежну поведінку. Організоване співтовариство людей базується на відносинах, які набувають характер соціальних зв'язків, соціальних (суспільних) відносин. Посягання на певні соціальні цінності, порушення будь-яких соціальних благ та інтересів відбувається, у першу чергу, за рахунок того, що порушуються встановлені суспільні відносини, порушується, ускладнюється функціонування, а в окремих випадках і руйнуються соціальні зв'язки того соціального правопорядку (соціального порядку відносин, які вибудовуються завдяки праву), який установлений у даному суспільстві.

Соціальна шкідливість характеризує зловживання правом як явище об'єктивної дійсності. Дана ознака складає історично-сутнісну властивість зловживання правом. Без певного смислового наповнення категорії зловживання правом як певної сукупності поведінкових актів, даний феномен є соціально нейтральним (ні шкідливим, ні корисним).

Зловживання правом — це соціально-шкідливе явище, яке відображає нігілістичне ставлення особи до права та полягає в намаганні суб'єкта правовідносин *створити ілюзію* (видимість) правомірного використання права при вчиненні ним умисних діянь, спрямованих на порушення об'єктивних меж здійснення права та внутрішніх (спеціальних) меж зовнішнього розсуду.

При характеристиці ситуації зловживання правом необхідно враховувати не лише об'єктивні моменти — порушення меж

здійснення суб'єктивного права, а й суб'єктивні моменти, а саме: спрямованість зовнішнього розсуду суб'єкта правовідносин, який безпосередньо пов'язаний зі здійсненням права та полягає в реалізації суб'єктом правовідносин суб'єктивного права, тобто тих можливостей, які надані йому позитивним правом. Зловживання правом є соціально шкідливим явищем, негативним соціальним феноменом, який відіграє руйнівну роль, виступає індикатором дезорганізації суспільства. Поширеність зловживання правом стає стійкою перешкодою на шляху побудови правової держави й громадянського суспільства.

Засобом обмеження зловживання правом є законодавче закріплення таких категорій, як «сумлінність», «розумність», «справедливість»⁷³⁷.

Об'єктивно протиправні діяння — це таке аномально-поведінково-правове відхилення, соціально шкідлива поведінка фізичної або юридичної особи, що не містить складу правопорушення, але при цьому викликає негативну юридичну реакцію з боку держави.

Для більш глибокого розуміння даної аномалії в праві спробуємо виділити ознаки об'єктивно протиправного діяння:

- невідповідність правовим приписам;
- шкода, нанесена охоронюваним правом інтересам;
- відсутність складу правопорушення у вигляді відсутності належного суб'єкта й/або суб'єктивної сторони;
- негативна реакція з боку держави у вигляді примусового відшкодування шкоди, примусових заходів медичного й/або виховного характеру. Не будучи правопорушенням, об'єктивно протиправне діяння, природно, не спричиняє юридичної відповідальності. Основним видом державного примусу, застосовуваним за здійснення об'єктивно протиправного діяння, служать заходи захисту, заходи правового впливу, застосовувані з метою відновлення порушених прав відносно зобов'язаних осіб. Їхнє призначення — припинити порушення правопорядку, відновити нормальні зв'язки й відносини. Об'єктивно протиправне діяння

⁷³⁷ Малиновський А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование): моногр. / А.А. Малиновский. — М.: Юрлитинформ, 2007. — 351 с.

недієздатної або малолітньої особи спричиняє застосування примусових заходів медичного або виховного характеру (ст. 93 Кримінального кодексу України). Воно не може вважатися правопорушенням, хоча юридично значимим, безумовно, є (відсутність суб'єкта, суб'єктивної сторони, а значить і складу правопорушення). Наприклад, заподіяння шкоди малолітньою дитиною не можна розглядати як правопорушення, але юридичне значення така дія має й тягне застосування заходів юридичної відповідальності до батьків або опікунів (ст. 1778 Цивільного кодексу України). Таке визначення об'єктивно протиправних діянь пояснюється тим, що тут наявні лише об'єктивні моменти складу правопорушення (об'єкт і об'єктивна сторона). До об'єктивно протиправних дій можна віднести й так звані безвинні діяння, тобто коли суб'єкт об'єктивно протиправної поведінки ставить перед собою тільки правомірні цілі, а то, що вони не досягаються, пояснюється індивідуальними особливостями, сумлінною оманю або індивідуальною ситуацією (використання, зберігання джерел підвищеної небезпеки, хімічних, вибухових речовин тощо). Таким чином, відсутня суб'єктивна сторона складу правопорушення — вина особи, на яку покладається відповідальність⁷³⁸.

Можна зробити висновок саме про правову аномальність об'єктивно протиправних діянь, тому що зазначене явище можна охарактеризувати як відхилення від звичайного, відмінність зі звичайним, відступ від якого-небудь закріпленого явища.

Аномалії у нормотворчій діяльності, перш за все, виражаються в аномаліях в системі законодавства, серед яких можна назвати колізії у праві і прогалини в праві.

Перш за все відзначимо, що в юридичній літературі тема колізій традиційно пов'язується з проблемою неузгодженості системи як права, так і законодавства. Учені ведуть мову про існування у сфері правового регулювання двох видів неузгодженостей: матеріальних і формальних. Матеріальні, або діалектичні, супереч-

⁷³⁸ Минникес И.А. Объективно противоправное деяние / И.А.Минникес // Российский юридический журнал. — 2008. — № 2. — С.19-23.

ності в праві мають об'єктивну природу і пов'язані, насамперед, з такими зовнішніми аномаліями, як неузгодженість правових приписів і суспільних відносин, які вони покликані регулювати, а також суперечності між нормами права і моральними, релігійними, звичаєвими нормами тощо. Формальні неузгодженості — це суперечності всередині правової системи, вони мають суб'єктивну природу і породжуються внутрішніми збурюваннями (виникають, головним чином, внаслідок інтелектуальних помилок законодавця, перш за все, порушень правил формальної логіки). Формальні суперечності призводять до порушень цілісності, внутрішньої узгодженості та єдності правової системи. Матеріальні (діалектичні) та формальні аномалії в праві не можна ані абсолютно протиставляти, ані повністю ототожнювати. Між ними є суттєві відмінності. У науковій літературі термін «юридична колізія» вживається як у вузькому значенні (винятково як внутрішня, або формальна, аномалія у правовій системі), так і у широкому значенні (у цьому випадку терміном юридична колізія» позначають суперечності обох видів — як матеріальні, так і формальні).

Важливо наполягти на тому, що лише деякі види колізій у законодавстві є аномаліями у праві. Так, темпоральні (тимчасові) і ієрархічні колізії можна віднести до порушень логіко-структурного стану системи законодавства ⁷³⁹.

Можна виділити кілька моментів, які мають сприяти виявленню сутності прогалин у праві:

- прогалини у праві виникають у тих випадках, коли у процесі зіткнення певних інтересів (особистих або суспільних) виникає необхідність юридичної кваліфікації спірної ситуації (факту, відносини) і якщо необхідність такої кваліфікації охоплюється правосвідомістю;
- прогалини в праві пов'язані з повною або частковою відсутністю правових норм, необхідних для професійної юридичної оцінки даного спору (факту, відносини);

⁷³⁹ Москалюк, О.В. Механізм подолання змістовних і темпоральних колізій норм права: Автореф. дис. на здобут. наук.ступ.канд.юрид.наук : спец. 12.001.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. — К., 2011. — 20 с

- прогалина в праві може виникнути лише в таких сферах суспільних відносин, які певною мірою вже піддані регулюванню за допомогою норм права, тобто вже стали предметом правового впливу; у принципі допускають їх юридичну регламентацію, але раніше її не потребували; в останньому випадку сам факт виникнення ситуації, що вимагає професійної юридичної кваліфікації, свідчить про те, що дані відносини потребують їх регламентації за допомогою правових норм.

Ураховуючи сказане, можна запропонувати таке трактування прогалин у праві, викладене в дусі «помірного» підходу до визначення його сутності: вони являють собою повну або часткову відсутність у формальних джерелах права норм, принципів, ідей, необхідних для професійної юридичної оцінки фактів і зв'язків, що виникли або здатні виникнути в такій сфері суспільних відносин, яка входить або повинна входити у сферу правового регулювання⁷⁴⁰.

Представлені види аномалій у праві не охоплюють увесь об'єм аномалій в праві, а саме й поняття аномалій у праві в аспекті їх класифікації потребує подальшого удосконалення.

4.7. ФУНКЦІЯ ДЕРЖАВИ ЯК КАТЕГОРІЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

У сучасному житті юридична наука стала значно ближчою до правових і державних реалій, що, однак, не зробило її найважливішим та найсуттєвішим інструментом вирішення протиріч, що формуються у праві та державі. На рівні загальнотеоретичної юриспруденції постійно уточнюється категоріальний апарат, не тільки висвітлюються зміни, що відбуваються в державній і правовій сферах, але й розкриваються шляхи їх використання для удосконалення правової системи і державності в цілому.

Категоріальний апарат сучасної юриспруденції, що забезпечує осягнення права та держави, на сьогоднішній день суттєво змінився з урахуванням впливу відповідних процесів, що останнім

⁷⁴⁰ Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. — М.: Юрид. лит., 2004. — 124с.

часом відбуваються у державно-правовій сфері. Так, відповідних змін зазнали функції держави, що сприяло їх певному оновленню у змістовному та сутнісному плані.

Сучасному розумінню функцій держави як основних, магістральних напрямів її діяльності передували тривалі процеси сприйняття й усвідомлення людиною навколишньої дійсності, пошуку істинної сутності та призначення держави. Слід зазначити, що ці процеси і сьогодні не можуть залишатися непоміченими. Питання функцій держави, зважаючи на їх тісний зв'язок із сутністю, цілями, завданнями і призначенням держави, очевидно, не втратить актуальності доти, доки існує держава в традиційному її розумінні та юриспруденція⁷⁴¹.

Категорія «функція держави» одна з найважливіших категорій сучасної загальнотеоретичної юриспруденції. Слово «функція» з латини означає «здійснення, діяльність», але в енциклопедичній літературі панує чітка тенденція до розширеного тлумачення її змісту — діяльність, обов'язок, коло обов'язків, робота, призначення тощо. З пізнавального погляду це є цілком зрозумілим, оскільки діапазон наукового використання зазначеного терміну досить широкий: від суспільних наук до природничих.

Більш пристосованими до загальнотеоретичної юриспруденції є філософські дефініції поняття «функція». Категорія «функція» визначається філософами як «зовнішній прояв властивостей будь-якого об'єкта в цій системі відносин». «Оскільки властивості об'єкта можуть проявлятися тільки в його зовнішніх і внутрішніх взаємодіях, — зазначали з цього приводу автори спеціальної праці, присвяченої функціям у живій природі, — то функція є не що інше, як певний вид діяльності об'єкта чи його частин (підсистем) та елементів, а також значення цієї діяльності в цій групі відносин об'єкта та його частин». Отже, з огляду на загальнофілософське розуміння категорії «функція», логічним є те, що під функцією держави слід розуміти «певний вид державної діяльності».

Деякі юристи-державознавці у понятті «функція держави» вкладають саме такий зміст. Інші ж, відзначаючи тісний зв'язок

⁷⁴¹ Фетюков Ф.В. Эволюция представлений о сущности и содержании понятия «функции государства» //Ф.В. Фетюков //Вестник Пермского университета. — Юридические науки. — 2014. — Вып. 3(25). — С.33.

функції з діяльністю, водночас указують на недопустимість їх протиставлення: вони пропонують розуміти під функцією різні за обсягом поняття — саму діяльність держави (інколи зводячи її до діяльності державного апарату), напрямок діяльності, сторону, вид, частину, зміст, характеристику, сутність діяльності⁷⁴².

Сучасна юриспруденція пропонує наступну дефініцію функцій: нормативно закріплені, основні, однорідні, постійні напрями і сторони (види) діяльності держави, обумовлені об'єктивними потребами суспільного розвитку з точки зору її внутрішніх і зовнішніх завдань, в яких виражаються і конкретизуються соціальна сутність та призначення держави як результат взаємодії суспільства і влади. Враховуючи, що держава та суспільство зазнають значного впливу реалій певної епохи, необхідно вказати на те, що функції певної держави значною мірою залежать від часу її існування. Тому можна стверджувати, що епосі постмодерну та глобалізації властива трансформація традиційних і поява нових функцій держави.

Особливої уваги заслуговують деякі нові функції сучасної держави, наприклад, боргова функція держави. Сучасне управління державним боргом в умовах нестабільності світової фінансово-кредитної системи вимагає перегляду напрямів вітчизняної боргової політики, дія якої на сучасному етапі має спрямовуватися на економічну безпеку України. Трансформація вітчизняної боргової політики потребує розробки та впровадження цілісної стратегії, яка поєднуватиме завдання удосконалення організаційного та інституційного забезпечення боргової політики, коригування її спрямованості на вирішення поточних проблем з одночасним розвитком альтернативних, не позичкових інструментів фінансування бюджетних видатків (податкової складової формування державного бюджету) та розробкою механізмів покращення боргової стратегії держави. Ефективність функціонування системи управління державним боргом залежить від факторів, які впливають на поточ-

⁷⁴² Актуальні проблеми теорії держави та права. Частина І. Актуальні проблеми теорії держави: Навчальний посібник (2-е вид., стерео.) / С.М. Тимченко, С.К. Бостан, С.М. Легша, Н.М. Пархоменко, Т.О. Пікуля, Н.В. Пронюк. — К.: КНТ, 2008. — С.116-117.

ні і стратегічні її завдання та дають можливість здійснювати вчасні й ефективні заходи⁷⁴³.

Актуалізується міграційна функція сучасної держави, яка має тісно переплітатися з європейськими і міжнародними стандартами у цій сфері і повинна узгоджуватися з ними шляхом внесення змін до існуючої бази і прийняття нових законів.

Основним недоліком стосовно міграційної сфери є те, що Україна в сучасних умовах незалежності не має чіткої, обґрунтованої, державної міграційної політики. Вона лише розпочала деякі заходи в цьому напрямі. І на цьому етапі важливо проаналізувати та врахувати досвід регулювання міграційних процесів у розвинених країнах. Проте немає підстав для твердження, що це вже універсальні й загальноновизнані як організаційні форми, так і правові механізми регулювання міграцій, розв'язання міграційних проблем та захисту прав певних категорій осіб, які беруть участь у цих процесах⁷⁴⁴.

Відповідного значення набула також інноваційна функція держави, яка зумовлює необхідність орієнтування стратегії інноваційного розвитку економіки України на освоєння базових інновацій, які дадуть змогу перейти до нових технологічних структур виробництва та забезпечити конкурентоспроможність підприємств на ринку. Під впливом ринку базові продуктові інновації стануть імпульсом для зміни всієї технологічної основи виробництва. Пріоритет повинен бути наданий не розвитку країни на основі виробництва та інвестицій, а розвитку на основі активізації інноваційної діяльності в базових наукоємних галузях народного господарства, які є рушійними силами розвитку економіки. Фактори виробництва та інвестицій мають стати засобами науково обґрунтованої інноваційної діяльності, а не її метою. З питань, в яких пропорціях повинно поєднуватися державне і ринкове регулювання, якими є межі і напрями державного втручання, існує чимало наукових ду-

⁷⁴³ Печенюк Н.М. Проблема управління зовнішнім державним боргом України та шляхи її вирішення /Н.М. Печенюк // Актуальні проблеми економіки. — 2011. — № 7. — С.274.

⁷⁴⁴ Рой І. Міграційні процеси в системі державного регулювання демографічної безпеки України //Вісник Національної академії державного управління при Президенті України. — 2010. — № 3. — С.236.

мок і підходів: від повного державного монополізму до крайнього економічного лібералізму. Проте необхідність виконання державою певних функцій не піддається сумніву⁷⁴⁵.

Функція визначається з точки зору наслідків (позитивних, негативних чи нейтральних), спричинених зміною одного параметра в інших параметрах об'єкта (функціональність), чи взаємозв'язку окремих частин у рамках певного цілого (функціонування)⁷⁴⁶. Цікаве формулювання визначення поняття «функція» дав Р. Мертон. Він визначив її як об'єктивний наслідок, сприятливий для пристосування та інтегрованості системи, на відміну від суб'єктивних намірів діяча, а для позначення наслідків, які порушують єдність та інтегрованість системи, ввів поняття дисфункції.

Розгляд змісту поняття «функція» у різноманітних наукових значеннях показує, що, хоча ці поняття є досить різними за змістом, однак у них є багато спільного. Причинами їх неоднакового змісту є специфічні особливості наукової сфери. Категорія «функція» в юридичній науці має певну своєрідність, однак наукове тлумачення даного поняття повинно ґрунтуватися на філософському понятті терміну.

У правовій науці термін «функція» використовується для визначення різних за змістом понять. Наприклад, функції держави, функції органів державної влади, законодавча функція, функція управління, судова функція, функція здійснення влади тощо. Аналіз змісту кожного із названих понять приводить до висновку про те, що функція визначає мету створення та діяльності певного об'єкта⁷⁴⁷.

З позицій загальнотеоретичної юриспруденції, поняття «функція» означає напрям, предмет діяльності того чи іншого політико-правового інституту, зміст цієї діяльності, її правове забезпечення. Саме в такому розумінні говориться про функцію держави, уряду,

⁷⁴⁵ Перебейнос Ю.В. Інновації та інноваційна діяльність як об'єкт державного регулювання: теоретичний аспект /Ю.В. Перебейнос // Теорія та практика державного управління. — 2011. — Вип. 3(34). — С.4.

⁷⁴⁶ Всемирная энциклопедия: Философия /Глав. науч. ред. и сост. А.А. Грицианов. — М.: Аст., Ми.: Харвест, Современный литератор, 2001. — С.593-594.

⁷⁴⁷ Майданник О.О. Функції держави та органу державної влади — поняття, ознаки, співвідношення /О.О. Майданник //Бюлетень Міністерства юстиції України. — № 4-5 (90-91). — 2009. — С.68-69.

міністерства, інших органів державної влади. Так, згідно з положеннями загальнотеоретичної юриспруденції, функції держави — це предмет та зміст діяльності держави, що розглядаються у комплексі та забезпечують засоби і способи цієї діяльності.

Незважаючи на розмаїтість існуючих точок зору щодо дефініції поняття «функція держави», більшість правників вважають, що у функціях держави виявляється її сенс і соціальне призначення, які розкривають її соціальну сутність, а також її цілі та завдання.

Дослідження функції держави, її сутності та змісту безпосередньо залежать від мети, поставленої перед державою, завдань, які є найактуальнішими для неї на певному історичному етапі розвитку суспільства.

Мета діяльності держави — це виражена воля суспільства, спрямована на досягнення бажаних результатів, зумовлених рівнем розвитку суспільства. Вона уособлює собою прагнення досягти змін якісного і кількісного характеру відповідно до об'єктивних закономірностей розвитку суспільства, його можливостей та потреб. Вища мета держави — це загальний стратегічний напрям її діяльності. На відміну від основних функцій, які є напрямками діяльності у певних сферах, вона являє собою єдиний загальнодержавний напрям діяльності на певному етапі розвитку суспільства і держави. Функції, завдання держави, як правило, підкоряються єдиній меті. Саме мета держави є визначальною і впливає на зміст функцій і завдань держави, породжує необхідну реалізацію відповідних функцій.

Мета і завдання держави відрізняються від її функцій тим, що перші за походженням мають переважно суб'єктивний характер, тобто визначаються внаслідок свідомої діяльності суспільства, у той час як функції держави складаються об'єктивно, хоч і розвиваються і вдосконалюються в результаті свідомого впливу на них.

Кожна основна функція держави забезпечує розв'язання окремих завдань держави, а всі основні функції держави разом забезпечують вирішення всіх головних завдань, поставлених перед державою. У цьому виявляється поглиблена інтеграція завдань і функцій держави, а також безпосередньо функцій між собою, що відображає ті процеси, які сьогодні відбуваються в нашій країні і на міжнародній арені.

При вивченні функцій держави методологічно важливо не ототожнювати функції держави і функції державної влади. Функції державної влади можна визначити як «передбачені Конституцією та законами України напрямки або види здійснення влади». Звичайно, як випливає з цього визначення, функції держави і державної влади тісно пов'язані, оскільки призначенням державної влади є виконання функцій держави. Але, на жаль, часто на практиці державна влада має свої цілі, завдання, які нерідко видає за функції держави загалом. Тому, щоб не допустити в Україні протистояння інтересів народу та інтересів влади, методологічно дуже важливо не змішувати функції держави і функції державної влади.

Також потрібно розрізняти «функції держави» і «сфери діяльності держави». Функції держави здійснюються у певних сферах діяльності держави, але функції держави — не просто «сфера її діяльності», а «напрямок діяльності», що виражає сутність держави. Сфера діяльності держави її сутності не виражає. Історично диференціювалося кілька сфер суспільної діяльності: економічна, політична, культурна, духовна, ідеологічна, які поділяються на внутрішні і зовнішні, їм надається особлива роль у класифікації функцій держави. У конкретній сфері може здійснюватись не одна, а декілька функцій держави. Водночас одна і та сама функція держави може виявляти себе у різних сферах державної діяльності.

Функції держави перебувають у безпосередній залежності від її соціального призначення і мають відповідати цьому призначенню. У той же час ці поняття і близькі між собою, проте вони не співпадають. Соціальне призначення держави визначає передусім її історична місія, що робить працю державних органів цілеспрямованою, дає їм загальну спрямованість. Відповідно в межах історично визначеного соціального змісту функції конкретизуються сутністю держави⁷⁴⁸.

Функції держави зазнають впливу не лише власне державних змін, але й змін умов існування самої держави, тобто змін зовнішнього середовища, в якому живе і діє держава. У силу цього функції держави з точки зору її генезису, тобто в історичному «розрізі» щодо суспільства, являють собою основні напрями її діяльності, націленої на вирішення загальних справ суб'єктів політичної сис-

⁷⁴⁸ Мотиль І.І. Становлення та розвиток поняття функцій сучасної правової держави /І.І. Мотиль //Право і суспільство. — 2011. — № 2. — С.48-50.

теми суспільства на кожному історичному етапі її розвитку. Необхідність вирішення цих загальних справ ставить перед державою визначені завдання, набір і зміст яких різні у доіндустріальному, індустріальному і постіндустріальному суспільствах⁷⁴⁹.

Визначальна ознака в розумінні функцій держави у вітчизняній правовій науці (слідом за радянською та російською) пов'язується із сутністю держави. Проте постає питання про «сутність держави», що в контексті задекларованої теми дослідження виступає важливим аспектом. Річ у тім, що сутність будь-якої держави проявляється у змісті та формах здійснюваних нею функцій щодо суспільства. Щоправда, деякі відомі вчені-теоретики (наприклад, П. М. Рабінович) розглядають «соціальну сутність держави» в її «здатності забезпечувати — у процесі свого функціонування і розвитку — задоволення основних потреб усього суспільства також створювати умови для можливого, за наявних конкретно-історичних обставин, задоволення потреб та інтересів окремих груп індивідів та їхніх спільнот»⁷⁵⁰.

У правовому вимірі сутність сучасної держави (державно-організованого суспільства) проявляється в її спроможності втілити й гарантувати стабільний правопорядок у рамках визначеної території, зокрема й через механізм організації суверенної публічної влади, належно легітимованої суспільством. Вільне суспільство потребує насамперед конституційованого ним (через конституцію) стабільного правопорядку, а вже після цього — «задоволення потреб».

На думку Ю. М. Оборотова, зміни в державі неминуче виявляються в її аксіологічній характеристиці, зміні її цінності для суспільства й особистості. Крім того, сьогодні ж держава прагне заявляти про себе як про цивілізовану форму організації публічної політичної влади, завдяки чому вона не тільки здатна служити загальному благу, але і забезпечувати вільний розвиток індивіда. Так, під впливом глобалізації держава втрачає свою унікальну ідентичність, відбувається ерозія внутрішнього суверенітету; вона

⁷⁴⁹ Лоцихін О.М. Функції сучасної української держави: проблеми трансформації в умовах глобальних суспільно-політичних змін / О.М. Лоцихін // Держава і право суверенної України: проблеми теорії і практики. — 2011. — С.71. 336с.

⁷⁵⁰ Рабінович П. Соціальна сутність держави: теоретико-методологічні засади / П. Рабінович, Ю.Лобода // Право України. — 2001. — № 8. — С.41.

зіштовхується з наростанням кризових явищ, оскільки глобалізація викликає напругу і підсилює конфлікти в менш розвинених країнах і регіонах, а також держава все більш займається глобальними проблемами — екологічними, інформаційними, культурними і т.ін.⁷⁵¹.

Держава як організація управління діє у різних сферах суспільного життя. На різних етапах історичного розвитку держави відповідно до потреб, що об'єктивно виникають і формуються як завдання, виділяються стійкі, життєво важливі й тому основні напрями та види державної діяльності, які традиційно називаються функціями держави.

Під функціями сучасної держави слід розуміти визначені внутрішнім і міжнародним правопорядком та легітимовані суспільством в інший спосіб основні, найзагальніші та стабільні напрями її діяльності, що зумовлені та підпорядковані вирішенню ключових проблем суспільства. У таких умовах їх поділ на внутрішні та зовнішні втрачає свій первинний сенс. З іншого боку, лише демократичні механізми легітимації функцій держави дозволяють адекватно ідентифікувати останні, перешкодити політичній еліті деформовано виокремлювати окремі з них.⁷⁵².

Останнім часом, коли обговорюються питання інтеграції української держави до європейського демократичного простору, знову набула актуальності проблема виявлення сутності та соціально-економічної природи функцій держави. У зв'язку з цим слід визначити, як названі процеси відбилися (чи здатні вплинути) на змісті такої державно-правової категорії, як «функції держави». Відповідь на дане питання дуже важлива, зокрема, якщо до кінця не розібратися в тому, як функціонує сучасна соціальна права держава і як вона повинна це робити, нашої країні навряд чи вдасться знайти шлях до виходу з наявної соціально-економічної ситуації.

Щодо нових характеристик сучасної держави, то можна відзначити таке поняття, як «стійкість держави», яке використовує

⁷⁵¹ Оборотов Ю.М. Зміна образу держави в умовах глобалізації / Ю. М. Оборотов // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — Т.4. — Одеса: Юридична література. — 2005. — С.19, 21-22.

⁷⁵² Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції: монографія /За ред. Ю.М. Оборотова. — Одеса: Фенікс, 2012. — С.319-320.

Ю. М. Оборотов в якості передбачуваності поведінки держави, що визначається впливом зовнішньої середовища, внутрішніми змінами та управлінням. Стійкість держави визначається як особливостями її самої та навколишнього середовища, а також характеристиками системи управління держави, що дозволяє або забезпечувати стійкість розвитку об'єктивно нестійких процесів без управління, або може призвести до втрати стійкості розвитку об'єктивно стійких процесів під впливом неспроможності управління. Саме досягнення стійкості держави складається із наступних складових: досягнення цілісної політичної системи; закономірності статичної, функціональної та динамічної стійкості держави; сукупність політичних технологій, що впливають на стійкість держави, що розвивається та інших. Таким чином, для держави необхідно зазначити її здатність як організаційної системи протистояти зовнішнім та внутрішнім факторам та стабілізувати свій рух за допомогою використання поняття стійкості держави⁷⁵³.

Прагнення осмислити існування сучасної держави у нових характеристиках пов'язано із формуванням та використанням понять, які поки що не відносяться до категоріального апарату державознавства. Саме тут й заслуговує на увагу поняття «стійкість держави» як передбачуваність поведінки держави, яка обумовлена впливом зовнішньої середовища, внутрішніми змінами та управлінням. Як зазначає Ю. М. Оборотов, стійкість держави визначається як особливостями її самої та навколишнього середовища, так і характеристиками системи управління державою, що дозволяє або забезпечувати стійкість процесів, об'єктивно нестійких без управління, або може викликати втрату стійкості об'єктивно стійких процесів під впливом неспроможності управління⁷⁵⁴.

Загальна функціональна цінність сучасної Української держави має полягати в її необхідності та служінні громадянському суспільству. Якщо найважливіше функціональне призначення сучасної держави — каталізація процесів формування й удосконалення

⁷⁵³ Оборотов Ю.Н. Устойчивость государства как его ценность / Ю. Н. Оборотов // Правове життя сучасної України. — 27-28 квітня 2007р. — Одеса: Фенікс, 2007. — С.5-6.

⁷⁵⁴ Оборотов Ю.Н. Исследование ценности государства как актуальное направление современного государства / Ю.Н. Оборотов // Право Украины. — 2011. — № 3-4. — С.283.

інститутів громадянського суспільства, то функціональне економічне призначення держави — створення умов для формування й удосконалення інститутів ринкової економіки⁷⁵⁵.

Аналіз викладених в юридичній літературі понять категорії «функції держави» дає можливість зробити такі узагальнення:

- абсолютною більшістю вчених підтримується думка, що функціям держави як науковому поняттю відведено роль виражати сутність і призначення держави;
- функції держави відносно цілей і завдань є вторинними або є формою їх виразу;
- немає єдиного підходу до визначення сутності функцій держави (під ними розуміють лише напрями діяльності держави або ототожнюють з формами, сторонами діяльності держави чи із самою діяльністю);
- окремі науковці ставлять під сумнів доцільність визначення функцій держави як «основних» напрямів діяльності.

Зазначене дозволяє виокремити існування декількох проблемних моментів в існуючому розумінні функцій держави та запропонувати шляхи їх вирішення.

Існування двоякості у визначенні функцій держави різними авторами, які розуміють їх лише як напрями діяльності або як види діяльності, свідчить про обмеженість кожного з названих підходів окремо і необхідність використання інтегративного підходу, що дозволить відобразити функції держави в усій повноті аспектів, перш за все теоретичного та практичного (реального). У межах такого підходу розуміння функцій держави як напрямів діяльності й як видів діяльності будуть нерозривно пов'язані між собою, виступатимуть різними сторонами однієї медалі. Визначення функцій держави через сукупність узагальнених видів державної діяльності відображатиме теоретичний аспект розуміння. У такому розумінні функції держави характеризують не якусь конкретну державу, а відображають сутність і призначення держави певного типу (соціальної держави, демократичної держави тощо). Низка напрямів діяльності, що обрала для себе конкретна держава, в

⁷⁵⁵ Лошихин О.М. Функції сучасної української держави: проблеми трансформації в умовах глобальних суспільно-політичних діянь / О.М. Лошихин // Держава і право суверенної України: проблеми теорії і практики. — 2011. — С.75-76

межах яких вона прагне здійснювати діяльність, відображатимуть уже практичний (реальний) аспект розуміння функцій держави.

Визначення функції держави як напрямку діяльності не узгоджується з поняттям реалізації функцій. Використання словосполучення «реалізація напрямку діяльності» є некоректним з точки зору змістовного наповнення цих слів. Аналогічну думку пропонує І. Мотиль, який звертає увагу на недосконалість підходу, в якому функції держави ототожнюються лише з напрямками її діяльності: «...при погляді на поняття «функція держави» тільки як на напрямки її діяльності не маємо можливості говорити про їх здійснення, тому що не можна здійснювати «напрями діяльності», можна здійснювати лише діяльність у межах певних напрямів»⁷⁵⁶.

Напрямок діяльності існує незалежно від держави, від того, чи буде здійснюватися, здійснюється чи ніколи не буде здійснюватися відповідна йому діяльність. Тому такий гіпотетичний напрям діяльності можна вважати суто теоретичним поняттям, що набуває практичного значення для держави лише тоді, коли вона визнає такий напрям діяльності напрямом саме своєї діяльності (реальної або майбутньої). З функціями окремої держави потрібно пов'язувати лише ті напрями, в яких держава здійснює чи повинна здійснювати діяльність.

Визначення функцій держави як лише основних напрямів діяльності держави теж достатньо суперечливе, оскільки не можна встановити стійку межу між основною чи неосновною, більш важливою чи менш важливою діяльністю держави. Крім того, під час класифікації функцій держави багато авторів поділяють їх за соціальним призначенням (або за значенням) на основні та неосновні (додаткові), що суперечить визначенню функцій держави. Тому доповнення «основні» повинно використовуватися лише у розгляді структурного зрізу функцій держави. Функції держави вибудовуються в ієрархічну структуру, на вершині якої — найзагальніше сформульована функція. Такою функцією у сучасних державах є, наприклад, забезпечення національної безпеки, додатковими до якої стануть забезпечення територіальної цілісності, конституцій-

⁷⁵⁶ Мотиль І.І. Становлення та розвиток внутрішніх функцій української держави / І.І. Мотиль: Дис. ... канд. юрид.наук. — К., 2007. — С.13.

ного ладу, прав і свобод громадян, науково-технічного потенціалу, високого рівня життя населення, інформаційної безпеки тощо.

Необхідність зміни підходу до визначення функцій сучасної держави зумовлена двома основними факторами: прямою залежністю діяльності держави та її функцій від загальносуспільних потреб; правовим характером діяльності держави. Перший фактор зумовлює складність процесу утворення функцій держави, на який визначально впливає синергетичний характер життя громадянського суспільства. Тому існування функцій держави необхідно розглядати на різних стадіях і рівнях. Другий фактор визначає обов'язкову правову регламентацію державної діяльності.

Таким чином, можна виділити такі рівні існування функцій сучасної держави та запропонувати таке їх визначення:

- гносеологічний — відбиття функції держави у суспільній свідомості як необхідності державної діяльності у певному напрямі, важливому для розвитку суспільства, зумовленої неможливістю її здійснення за допомогою інститутів громадянського суспільства;
- нормативний — відображення необхідності державної діяльності в сукупності взаємопов'язаних правових норм. Перш за все функції повинні набути закріплення на рівні конституції та законів держави. Таке закріплення є обов'язковим підґрунтям для подальшої деталізації функцій держави у різноманітних підзаконних актах і створення ефективних механізмів їх реалізації;
- організаційний — виражений у створенні відповідних інститутів держави;
- практичний — втілення функції держави в її практичній діяльності.

Слід зазначити, що запропоновані рівні, насамперед їх послідовність, в окремих випадках можуть змінюватися. Так, нормативне закріплення функцій неможливе без практичної діяльності із здійснення такої невід'ємної функції держави, як створення правових актів.

Відсутність обумовленості функцій держави суспільними потребами або їх взаємна суперечливість неминуче викличе суспільне протистояння, що негативно вплине на реалізацію таких функцій. Відсутність нормативної закріпленості функцій держави

або недостатній її рівень, присутність значних колізій і прогалин знизять ефективність діяльності держави. До того ж, без організаційного забезпечення, яке відображає реалії діяльності держави, й є визначальним для її сутності, виділення функцій держави як поняття взагалі втрачає сенс⁷⁵⁷.

Особливості сучасної державності відобразились на модифікації функцій держави. Це обумовило перегляд пріоритетних напрямів діяльності держави, призвело до зміни переліку функцій сучасної держави, а також до зміни їх змісту і цілей.

4.8. ПРО КАТЕГОРІАЛЬНИЙ СТАТУС ДЕРЖАВНОГО БОРГУ

Розвиток сучасного суспільства вимагає пошуку нових підходів до дослідження державно-правових явищ. Це зумовлено, зокрема, глобалізаційними та інтеграційними процесами, які охопили практично всі сфери життєдіяльності суспільства⁷⁵⁸.

Держава існує і діє в певному середовищі — природному і суспільному. Вона знаходиться у взаємному зв'язку з суспільством в цілому, різними колективами, окремо взятими особами, врешті-решт, різні держави знаходяться у постійних взаємозв'язках одна з одною, саме тому однією з основних ознак сучасної держави є саме категорія «державний борг», без виділення і вивчення якого в категоріальному апараті сучасної юриспруденції неможливо вивчення та дослідження держави у сучасному державознавстві⁷⁵⁹.

У сучасній юридичній літературі поняття держави визначається найчастіше через його ознаки. Більше того, якнайповніше поняття держави те, яке визначається через властиві йому ознаки. Багатогранність і складність такого соціального феномену, як держава, безумовно, зумовлює множинність наукових підходів

⁷⁵⁷ Тихомиров О. До проблеми розуміння функцій сучасної держави / О. Тихомиров // Підприємництво, господарство і право: Щомісячний науково-практичний господарсько-правовий журнал. — 2009. — № 1. — С.72-75.

⁷⁵⁸ Балаклицький А. І. Державна влада та апарат її здійснення як основні ознаки сучасної держави / А. І. Балаклицький // Часопис Київського університету права. — 2011. — № 4. — С. 56-60.

⁷⁵⁹ Чиркин В.Е. Государствоведение. Учебник. -2-е изд., испр. и доп. М.: Юрист, 2000. — 384 с.

до розуміння його суті, до виділення його ознак. Саме тому серед учених немає єдиної думки з приводу того, що можна віднести до ознак держави.

Так, А. Г. Тищенко і П. А. Оль до ознак держави відносять: 1) наявність державної території; 2) інститут громадянства; 3) апарат публічної політичної влади; 4) державний суверенітет. В. М. Сирих відзначає такі ознаки, як: 1) податки; 2) видання державою норм права. М. Й. Байтін говорить про ті ж ознаки, але додатково поділяє публічну владу на апарат управління і апарат примусу. Л. А. Морозова додає в якості ознаки держави наявність державної казни, що пов'язано з існуванням оподаткування і стягування податків. В.Є. Чіркін виділяє територію, населення, інститути, комунікації, управлінські кадри.

Проте при всьому різноманітті ознак держави, державний борг досі до них не відносили.

У той же час пізнання людиною об'єктивного світу здійснюється в процесі вироблення нових понять та категорій, які дають змогу проникнути в таємниці спостережуваних явищ та дослідити їх розвиток на сьогодні та в майбутньому⁷⁶⁰. Якщо порівняти визначення поняття держави як особливої організації політичної влади економічно пануючого класу, яка володіє спеціальним апаратом примусу і надає своїм велінням обов'язкову силу для населення усієї країни⁷⁶¹, з визначенням поняття як форми мислення, в якій відображаються предмети і явища в їх суттєвих ознаках⁷⁶², чи як думки, що відображає в узагальненій формі предмети або явища дійсності і зв'язки між ними через фіксацію загальних і специфічних ознак та відношень між ними⁷⁶³, то стає очевидною та обставина, що поняття держави не охоплює усіх зазначених ознак. У поданій ієрархії понять держави повинно існувати більш загальне поняття, яке б охоплювало усі його ознаки. У зв'язку з цим існує реальна можливість дати такі визначення понять держави, за

⁷⁶⁰ Горский Д. П. Определение (логико-методологические проблемы) / Д. П. Горский. — М. : Мысль, 1974. — 311 с.

⁷⁶¹ Правознавство : навч. посіб. / В. І. Бобир, С. Е. Демський, А. М. Колодій (кер. авт. кол.) та ін. ; за ред. В. В. Копейчикова. — К. : б. в., 1998. — 38 с.

⁷⁶² Теория государства и права / под ред. С. С. Алексеева. — М. : б. и., 1985. — 46 с.

⁷⁶³ Теория государства и права / под ред. А. М. Васильева. — М. : б. и., 1983. — 513 с.

якими їх емпіричний обсяг (екстесіонал) залишався б незмінним, а логічний обсяг (інтенсіонал) наповнювався новими ознаками ⁷⁶⁴.

Однією з сучасних ознак держави є державний борг. Передумови виникнення цієї ознаки полягають передусім в тому, що для того, щоб правляча група ефективно використовувала державну владу і служила народу, держава повинна мати власні матеріальні засоби: власність у вигляді нерухомості (адміністративні будівлі, устаткування); комунікації (шляхи сполучення, залізничний і автомобільний транспорт); грошові кошти, щоб утримувати весь цей комплекс, оплачувати працю держслужбовців, утримувати поліцейський апарат, армію і вирішувати інші завдання.

Крім того, історично у держави на її утриманні часто знаходилася бідна частина населення. Історики (зокрема, Тит Лівій) захоплювалися давньоримською державою, яка не лише оплачувала працю чиновників і утримувала армію, але надавала регулярну грошову допомогу солдатам, — ветеранам, громадянам похилого віку і навіть тим гладіаторам, які по інвалідності або старості не могли розважати жадібних до видовищ римлян⁷⁶⁵. Сьогодні ж соціальна функція держави розширилася ще більше.

Гроші з'явилися на певному етапі історичного розвитку, коли в них виникла певна необхідність. Вони походять від деякого корисного блага, обраного ринком (а не державою) в якості засобів обміну. Еволюція коштів призводить до появи неповноцінних грошей. Вони не мають внутрішньої товарної вартості і підрозділяються на забезпечені і незабезпечені. Незабезпечені гроші не мають певного забезпечення, не обмінюються на золото або валютні метали. Їх обіг у господарській системі і платоспроможність зумовлюються довірчою вартістю, під якою розуміється міра купівельної спроможності незабезпечених платіжних вимог, пов'язаних з гарантіями прийняття як засобу платежу з боку держави; це така

⁷⁶⁴ Телятник Л. Логіко-методологічне тлумачення ознак загального поняття держави / Л. Телятник // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — № 6. — С. 98.

⁷⁶⁵ Бельский К. С. Государство и налоги (цикл материалов по теории налогового права из пяти частей. Часть 1. Взимание налогов как существенный признак государства) / К. С. Бельский // Право и государство: теория и практика. 2007. № 8 (32). — С. 96.

форма боргових зобов'язань⁷⁶⁶. Проміжним етапом між товарною і довірчою вартістю грошей є представницька вартість — міра купівельної спроможності, яку мають неповноцінні гроші внаслідок обміну на повноцінні.

Втручання держави в грошову систему відбувається на певному етапі її розвитку. Воно здійснюється різноманітними засобами, у тому числі і за допомогою права.

В економічній науці немає єдності поглядів на предмет необхідності втручання держави в процес регулювання грошової системи. Проте втручання сучасної держави в регулювання грошової системи є даністю.

Проблеми обґрунтування необхідності і пошуку найефективніших способів регулювання грошового господарства і управління державними боргами хвилюють дослідників упродовж багатьох віків. При цьому **найбільші розбіжності спостерігаються в поглядах щодо визначення методів досягнення кінцевої мети, під якою розуміється якнайповніше і найраціональніше задоволення громадських потреб.**

Власних засобів у держави, як правило, було недостатньо, або вони взагалі були відсутні, грошове задоволення повинне було здійснюватися за допомогою зборів з громадян (поданих)⁷⁶⁷, а також залучення додаткових ресурсів або правильний розподіл доходів, від наданих раніше позик. Історичний досвід людства свідчить про те, що виникнення і розвиток держави, її перетворення на цивілізовану, а потім на правову, зробилися можливими внаслідок наявності у держави власних матеріальних засобів, у тому числі грошових, таких, що добувалися різними засобами, з яких важливе місце займають державні борги. Так, у держави завжди були і є свої економічні і фінансові потреби, без яких вона не може нормально функціонувати та існувати.

Як для існування окремої людини потрібні грошові кошти, щоб вона мала можливість придбати продукти харчування, одяг та інші товари, а якщо у неї їх бракує, то людина бере у борг, в той

⁷⁶⁶ Деньги. Кредит. Банки : учебник / под ред. В. В. Иванова, Б. И. Соколова. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. — 848 с.

⁷⁶⁷ Чичерин Б. Н. Собственность и государство / Б. Н. Чичерин. М. : б. и., 1883. Ч. 2. — 16 с.

же час, якщо у неї грошей в надлишку, то вона може дати їх у борг, щоб надалі реалізувати свої завдання за допомогою зароблених відсотків, так і для держави стала природною і невід'ємною ознакою наявність державних боргів.

В економічній і фінансово-правовій науках ніколи не було визначеного ставлення до проблеми державного боргу. Уряди переважної більшості країн світу використовують механізм державного боргу для фінансування дефіциту бюджету. Проте єдиною науково-теоретичної платформи з проблеми державного боргу до теперішнього часу не склалося. В силу високої громадської значущості і широкого практичного застосування державних запозичень можна говорити про те, що державний борг є однією з базових ознак сучасної держави⁷⁶⁸.

Практично у всіх сучасних державах склалася боргова економічна система. Причому залежність національних господарств від зовнішніх підживлень зміцнюватиметься і надалі з ходом лібералізації та глобалізації фінансових ринків попри ще відчутне збереження їх ізолюваності.

Особливе місце в фінансовій піраміді держави займає залучення фінансових ресурсів державою на кредитній основі для покриття власних потреб, що є прийнятною та об'єктивно зумовленою практикою здійснення економічної діяльності. Економічна суть цього процесу полягає в тому, що в певний час є певна кількість вільних капіталів як всередині країни, так і за її межами. Ці капітали здійснюють рух з метою пошуку сфер свого застосування. Участь держави у міжнародному і внутрішньому русі капіталів є фактом її входу до світового господарського простору.

Активна політика держави як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринку капіталів закономірно призводить до утворення державного боргу.

Проблеми вдосконалення правового регулювання державних боргових зобов'язань безпосередньо пов'язані з рішенням ряду завдань. Це обумовлено передусім тим, що державний борг економічної і правової науками завжди розглядався як явище багатоаспектне і поліфункціональне. Так, загальноприйнятим для

⁷⁶⁸ Синицкая Ю. П. Эволюция теорий долговых финансовых инструментов / Ю. П. Синицкая // Философия права. 2007. — № 1. С. 59.

науки фінансового права є положення про тісний взаємозв'язок державного боргу і податкової системи. Це обумовлено тим, що державний борг навіть на зорі виникнення держави виконував макроекономічну функцію, йому була відведена роль альтернативи збільшенню податкового тягара для поколінь, що живуть, тобто роль своєрідного інструменту «перекладення» цього тягара на майбутні покоління. Проте, на сучасному етапі розвитку економіки сучасної держави відношення у сфері державного боргу зачіпають інтереси держави і муніципальних утворень набагато ширше, і їх слід оцінювати інакше, ніж просто вплив на податкову політику. Ці стосунки нині безпосередньо пов'язані із станом попиту, бюджету, а також з грошовим-кредитною політикою, інвестиційним кліматом тощо, тобто фактично з усіма напрямками державної фінансової і правової політики. Особлива роль державного боргу обумовлена публічним характером останнього, що підтверджується нижченаведеним.

По-перше, соціальною обумовленістю цілей створення і використання ринку боргових зобов'язань (погашення дефіциту бюджету, міжбюджетне регулювання, фінансова підтримка державно значимих галузей і сфер економіки та інші загальнозначущі для держави і її громадян цілі); по-друге, прямим зв'язком з економічною безпекою держави (державно-боржник стоїть перед загрозою виконання будь-яких вимог держав-кредиторів); і, нарешті, прямою залежністю від фінансово-економічних інтересів членів суспільства (загроза неплатежів працівникам бюджетної сфери, зростання податків, зборів, інших загальнообов'язкових платежів до бюджету і позабюджетних фондів)⁷⁶⁹.

Оскільки категорія «державний борг» носить економіко-правовий характер, то вважається за доцільне звернутися спочатку до науковців-фінансистів та проаналізувати їх погляди на дане питання.

З економічної точки зору, державний борг є заборгованістю державних органів як результат формування додаткових ресурсів держави, направлених на вирішення протиріч між економічними і соціальними потребами суспільства на основі позик грошо-

⁷⁶⁹ Покачалов Е. В. Государственный и муниципальный долг: проблемы правового регулирования / Е. В. Покачалов // Финансовое право. № 1. 2002. — С. 23.

вих коштів в приватних осіб, інститутів недержавного сектора та іноземних держав⁷⁷⁰.

Держава зверталася до позик в усі епохи, і постійне зростання державного боргу розглядалося як закономірний процес. Досліджуючи питання державного боргу, передусім, необхідно мати на увазі відносно значення цієї економічної категорії. Країна, що має величезний державний борг, може процвітати і, навпаки, країна з невеликим державним боргом може переживати від нього внаслідок місцевих умов найбільші незручності.

Так, А. Смит, Д. Рікардо і багато їх послідовників різко негативно ставилися до розвитку державного боргу. Зростання державного боргу, як правило, тягне підвищення ставок діючих податків або навіть введення нових податкових платежів, адже основне джерело погашення державних боргових зобов'язань і витрат з його обслуговування, як правило, один — бюджет, в якому ці засоби закріплюються як витрати і виділяються окремим рядком. У державних боргах учені бачили лише крайній засіб, яким можна користуватися за відсутності інших можливостей. На думку Д. Рікардо, для країни вигідніше покривати всілякі надзвичайні витрати, не виключаючи витрат на ведення війни, **за рахунок прямого збільшення податків**, ніж прибігати до кредиту. Він вважав, що населення саме повинне нести тягар погашення своїх боргів, а не перекладати його у вигляді податків на наступні покоління.

Проте вже в XVIII ст. представники німецької фінансової науки (Штейн, Дицель, Небеніус та ін.) вважали, що якщо держава вкрай рідко користується кредитом, то це свідчить про те, що вона надто багато бере у сучасників, або ж не стоїть на висоті нових завдань, тобто недостатньо піклується про інтереси населення.

З розвитком марксизму погляди на теорію державного боргу змінюються. У розвинених країнах накопичені величезні суми державного боргу, і вони складають на початку XX ст. від 30 до 95 % об'єму ВВП. Проте, за виразом К. Маркса, капіталом виступає «негативна величина». Державна облигація свідчить про те, що капітал, узятий у борг, вже витрачений. «Паперові дублікати зни-

⁷⁷⁰ Головачев Д. Л. Регулирование государственного долга в рыночной экономике : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Д.Л. Головачев — М., 1996. — 25 с.

щеного капіталу», тобто державні облігації, надають кредиторам право привласнювати собі частину податків. Зростання виплачуваних по боргах відсотків є однією з причин дефіцитності бюджету і викликає потребу в нових позиках.

В основі державних позик, як стверджує К. Маркс, лежить поняття ілюзорного, фіктивного капіталу. Фіктивний капітал — це титул власності, який дає своєму власникові можливість регулярно привласнювати додаткову вартість у формі відсотка або дивіденду.

Принципова відмінність фіктивного капіталу від дійсного полягає в тому, що він, по-перше, не має власної вартості, по-друге, не виконує реальних функцій у процесі відтворення.

При всіх розбіжностях у поглядах слід зазначити живий інтерес представників фінансової науки, причому як зарубіжної, так і вітчизняної, до проблем теорії державного боргу.

Фундаментальних досліджень, присвячених безпосередньо проблемі державного боргу Російської імперії XIX століття, в радянській історіографії дуже мало. Є роботи, в яких питання, пов'язані з борговою політикою царського уряду, зачіпаються непрямым чином.

У дореволюційній Росії проблемами економіко-правових теорій державного і муніципального кредиту займалися вчені М. Алексеєнко, А. Ісаєв, Л. Ходський, М. Боголепов, М. Слуцький, М. Орлов та ін.

При цьому М. Ф. Орлов у своєму спеціальному дослідженні «Про державний кредит» дає визначення призначенню науки фінансів, яке якраз і полягає, на його думку, в тому, щоб «поставити в досконалу рівновагу обидва ці засоби», тобто податки і кредит, таким чином, щоб податки не шкодили кредиту, а кредит полегшував податки.

Представники дореволюційної російської фінансово-правової науки дотримувалися думки про необхідність досить обережного використання державного кредиту. Так, Л. В. Ходський вважав, що, незважаючи на різноманітні висловлювання про доцільність використання державного кредиту в тих або інших випадках, усе ж керівним початком фінансової політики завжди повинно служити прагнення до можливо швидкого погашення державних боргів, а не до збільшення сум.

Цікава точка зору І. Озерова з приводу організації фінансів на мікрорівні. Він писав про необхідність організації кредиту для російських міст: «Земства і міста за характером своєї діяльності потребують кредиту майже виключно довгострокового, особливо при перекладі приватних господарських підприємств у руки міст».

Що ж до радянського періоду, то в умовах Союзу РСР попри те, що теоретично поняття державного обов'язку досліджувалося в науковій літературі, не кажучи вже про фактичну «присутність» і функціонування названої категорії в економіці нашої країни (причому як практично невід'ємного атрибуту економіки усіх країн, у тому числі і з розвиненою індустрією), у законах і в підзаконних актах Союзу РСР поняття державного обов'язку закріплене не було, не кажучи вже про відсутність спеціального законодавчого акту про державний борг, не публікувалися навіть статистичні дані про величину державного боргу СРСР аж до 1985 року⁷⁷¹.

У науковій літературі і зараз, і на початку 90-х років минулого століття не було однозначної позиції з питання про правове поняття державного обов'язку. Економісти та юристи дещо по-різному інтерпретували цю категорію, відбиваючи ті або інші її окремі сторони. Так, економісти, в основному, роблять акцент на матеріальному змісті цієї категорії. Одні з них визначають державний борг як накопичену заборгованість державних органів, інші — як суму накопичених в країні за певний період бюджетних дефіцитів за вирахуванням накопичених профіцитів, або надлишків⁷⁷². Деякі економісти докладніше характеризують держборг, визначаючи його як суму прямих боргових зобов'язань органів державного управління перед економічними одиницями інших секторів економіки усередині країни (внутрішній борг), а також перед зарубіжними кредиторами (зовнішній борг)⁷⁷³.

Правознавцікладають в це поняття, як правило, зобов'язальний аспект, вказуючи, що державний борг — це перш за все зобов'язання держави в особі уряду і відповідних органів

⁷⁷¹ Головачев Д. Л. Регулирование государственного долга в рыночной экономике : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Д.Л. Головачев — М., 1996. — С. 25.

⁷⁷² Экономика : учебник / под ред. А. С. Булатова. М. : б. и., 1997. — С. 816.

⁷⁷³ Курс переходной экономики : учебник / под ред. акад. Л. И. Абалкина. — М. : ЗАО «Финстатинформ», 1997. — С. 640.

виконавчої влади перед своїми позикодавцями (кредиторами), склад яких залежить від «правил» і «обмежень», встановлених або санкціонованих самою державою⁷⁷⁴, ⁷⁷⁵.

Усе це, безумовно, породжувало не лише різні теоретичні інтерпретації названих дефініцій, але і викликало практичні труднощі в нормотворчій і правозастосовній діяльності у сфері управління державним внутрішнім боргом.

В існуючих теоріях боргових фінансових інструментів державний борг розглядається як основна складова економічного зростання і невід’ємна частина фінансової політики як держави в цілому, так і окремих міст і областей, а з часом ставляться лише нові завдання, що вимагають для їх вирішення подальшого вивчення проблеми державного боргу і вдосконаленого підходу.

Можна виділити низку спільних ознак, а саме те, що ключовими елементами цієї категорії є боргові зобов’язання держави; кредитні ресурси існують у формі державних цінних паперів; відносини у сфері державного боргу передбачають дуже широкий суб’єктний склад позичальників.

Категорія «державний борг» складна та багатогранна, тому дуже важливо виробити синтезований, загальнотеоретичний, державотворчий характер даного поняття, який би мав методологічне значення для більш глибокого вивчення різних боків державності, її організації, діяльності держави в сфері економіки, політики, правового регулювання та ін.

Як було вже відзначено, **державний борг може бути розглянутий у двох аспектах: економічному і правовому.**

В юридичному аспекті державний борг виступає самостійним елементом фінансової компетенції держави, який здійснюється за рахунок притягнених і власних грошових коштів на свій ризик і полягає в їх розміщенні на законодавчо певних умовах.

Участь держави в кредитній діяльності припускає уніфікацію основних правил здійснення цієї частини фінансової компетенції,

⁷⁷⁴ Финансовое право : учебник / отв. ред. Н. И. Химичева. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юрист, 2004. — С. 749.

⁷⁷⁵ Государственное и муниципальное управление : справочник / под ред. Н. И. Глазунова ; под ред. [и др.]. — М. : Магистр, 1997. — С. 24.

тобто вступ в кредитні правовідносини з урахуванням певних принципів.

Принципи державного боргу забезпечують реалізацію двох цілей : а) поєднання публічних і приватних інтересів усіх суб'єктів діяльності у сфері державного кредитування; б) підвищення кредитних стосунків за участю держави; в) визначення основних положень категорії державного боргу як ознаки сучасної держави.

Державний борг ґрунтується на принципах добровільності, відплатності, цільовій спрямованості державних кредитних коштів, забезпеченості, терміновості і зворотності.

Добровільність у стосунках державного боргу проявляється в двох аспектах. По-перше, добровільність приватного суб'єкта відносно ухвалення рішення про вступ у **кредитні стосунки з державою**, тобто потенційний контрагент публічної влади має право надавати державі свої тимчасово вільні грошові кошти або витрачати їх по інших напрямках. По-друге, добровільність у стосунках державного боргу проявляється в конституційній забороні на примус суб'єктів до укладення договору позики з **тимчасового використання** вільних грошових коштів держави.

Дотримання принципу добровільності свідчить про повагу держави до інтересів інших публічних і приватних суб'єктів, і, таким чином, не примушування до вступу в правовідносини є обов'язковим моментом функціонування державного боргу.

Гарантією добровільності кредитних стосунків за участю держави служить принцип відплатності, **що означає сплату винагороди** за користування позиковим капіталом. Відплатність у стосунках по державному боргу виражається, як правило, у нарахуванні відсотків до основного боргу, які, так само як і сума погашення, вносяться до бюджету держави або його суб'єкта.

Залучення державою тимчасово вільних грошових коштів на умовах відплатності виражається не лише в отриманні кредитором прямої вигоди у вигляді доходності державних цінних паперів, але і в наданні учасниками фондового ринку додаткової вигоди у вигляді пільгового оподаткування доходів і операцій по державних цінних паперах.

Принцип цільової спрямованості державних кредитних коштів означає право сторони, що надає в тимчасове користування свої грошові кошти, обумовлювати цілі їх розміщення.

При оформленні правовідносин по державному кредитуванню можуть передбачатися заходи контролю додатково до встановлених бюджетним законодавством, що забезпечують цільове використання виділених грошових коштів. Нецільове використання державних кредитних коштів утворює склад фінансового правопорушення і тягне застосування заходів відповідальності відповідно до чинного законодавства держави⁷⁷⁶.

Цільову спрямованість мають і правовідносини, в яких держава виступає позичальником. Так, ст. 13 Угод про створення Європейського банку реконструкції і розвитку встановлює, що «Банк вживає усі необхідні заходи для здійснення контролю за тим, щоб засоби, отримані від кредиту, використовувалися виключно для досягнення цілей, які були заявлені при отриманні цього кредиту»⁷⁷⁷.

Принцип забезпеченості означає надання позичальником забезпечення виконання свого зобов'язання по поверненню державного кредиту. З різних причин боржників не завжди вдається виконати фінансові зобов'язання перед державою, а деякі суб'єкти свідомо ухиляються від погашення державного кредиту. Тим самим держава вимушена гарантувати повернення виданих кредитів за допомогою застосування до майна боржника заходів, передбачених чинним законодавством.

Принцип забезпеченості боргів проявляється не лише в тих правовідносинах, де держава виступає кредитором, але і тоді, коли держава вимушена здійснювати зовнішні запозичення. Так, ст. 14 Угод про створення Європейського банку реконструкції і розвитку як **основну умову надання кредитів і гарантій називає максимальну безпеку вкладень Банку за допомогою надання поручительства відносно повернення суми кредиту.**

Принцип терміновості означає надання або залучення кредиту на певний час, після закінчення якого він має бути повернений. Термін за договором державного кредиту може бути визначений чинним законодавством, кредитним або іншим договором.

⁷⁷⁶ Крохина Ю. А. Государственный кредит и государственный долг: политические причины и финансовые последствия / Ю. А. Крохина // Финансовое право. — 2003. № 2. — С. 33-34.

⁷⁷⁷ [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.ebrd.org/english /Public/general/index.htm>.

Принцип зворотності державного кредиту означає повернення виданої грошової суми кредиторів. Повернення кредиту може здійснюватися двома способами: 1) уся сума кредиту повертається після закінчення терміну разовим платежем; 2) відповідно до договору державного кредиту допускається повернення грошових коштів частинами. При частковому поверненні відсотки за користування кредитом нараховуються тільки на ту частину, що залишилася (неповернену частину). Принцип зворотності відноситься не лише до дій боржника. Уповноважені державні органи, що представляють державу в кредитних правовідносинах, зобов'язані вживати всі, передбачені чинним законодавством держави заходи по стягненню заборгованості ⁷⁷⁸.

Парадигма сучасної держави, яка прийшла на зміну парадигми національної держави, знайшла своє вираження в категорії «сучасна держава». Необачно розглядати кожну з існуючих держав як сучасну. Для того, щоб бути сучасною, держава повинна відповідати певним вимогам.

Сучасна держава визначається як обумовлена соціальною асиметрією суспільства і необхідністю рішення загальних справ, універсальна, політична організація, що діє на підставі адміністративно-територіального поділу і громадянства, здійснює за допомогою спеціалізованого апарату управління арбітрування і легалізований примус. Сучасна держава несе на собі відбитки властивостей сучасної людини, серед яких присутні активність, раціональність, автономність, відкритість відносно зміни історичних можливостей і домагань.

Однією з ознак сучасної держави є державний борг, а боргова функція є однією з основних її функцій. Формування боргової функції як основної функції сучасної держави полягає передусім у тому, що для того, щоб правляча еліта ефективно використала державну владу, держава повинна мати власні матеріальні засоби: власність у вигляді нерухомості (адміністративні будівлі, устаткування); комунікації (шляхи сполучення, залізничний і автомобіль-

⁷⁷⁸ Крохина Ю. А. Государственный кредит и государственный долг: политические причины и финансовые последствия / Ю. А. Крохина // Финансовое право. — 2003. № 2. — С. 35.

ний транспорт); грошові кошти, щоб утримувати увесь цей комплекс, оплачувати працю держслужбовців, утримувати поліцейський апарат, армію і вирішувати інші завдання. Як для існування окремої людини потрібні грошові кошти, щоб вона мала можливість придбати продукти харчування, одяг та інші товари, а якщо у неї їх бракує, то людина бере у борг, так і для держави є природною ознака державного боргу, який в умовах сучасного світу складає найважливіший напрямок діяльності держави, перетворюється на основну функцію сучасної держави — боргову функцію.

При найближчому розгляді державного боргу як ознаки держави — це сукупність відносин, за якими виникають боргові зобов'язання держави як позичальника, боржника або гаранта погашення позик іншими позичальниками. У розгорнутому плані, державний борг — це система фінансових зобов'язань держави, що виникають у результаті здійснення запозичень; із наданих державою гарантій чи із зобов'язань третіх осіб — суб'єктів господарської діяльності; боргових зобов'язань, прийнятих на себе відповідно до чинного законодавства; сум бюджетних асигнувань, перерахованих із порушенням строків чи в неповному розмірі; суми компенсації за несвоєчасну чи неповну виплату суми платежу юридичним та фізичним особам тощо.

До ознак сучасної держави можна віднести традиційні ознаки, які змінюються та набувають нових характеристик, а також наявність нетрадиційних, специфічних ознак, які характерні виключно для сучасної держави. Щодо нових характеристик традиційних ознак, то в сучасних умовах важливе значення набуло питання про обмеження та навіть самообмеження суверенітету, отже, можна стверджувати, що у сучасній державі суверенітет є відносним. Також у контексті змін традиційних функцій держави слід зазначити виділення з економічної функції в якості самостійної податкової функції сучасної держави.

У свою чергу, до специфічних ознак сучасної держави можна віднести наступні: розгалужену систему демократичних інститутів влади; наявність сучасних технічних засобів управління; інформаційну безпеку; державний борг та ін., а до нових (нетрадиційних) функцій сучасної держави можна віднести наступні: боргова функція; екологічна функція, інформаційна функція та ін.

Державний борг визначається як така ознака держави, без вивчення якої неможливо зрозуміти сутності та напрямку розвитку сучасної держави.

Усе вищевикладене вимагає якісно нового підходу до визначення державного боргу, виділення його не просто в окрему теоретичну категорію, а усвідомлення даного поняття як невід'ємної ознаки сучасної держави, без вивчення якої неможливо зрозуміти суті та напрямку розвитку сучасної держави в цілому.

Усвідомлення державного боргу не тільки як регулятора економіки чи засобу фінансування бюджетного дефіциту, а як однієї з ознак сучасної держави та використання його можливостей, має ґрунтуватися на правових основах та на розробленій теоретичній базі. Це передбачає виконання державою своїх зобов'язань, належне юридичне оформлення боргових відносин, систематизацію інформації по існуючому державному боргу, оприлюднення інформації про використання запозичених ресурсів, звітності про склад і структуру державного боргу, прийняття в Україні спеціального законодавчого акту про державний борг.

4.9. ПРАВОВЕ МИСЛЕННЯ ТА ЙОГО ОСОБЛИВОСТІ В ОФІЦЕРІВ ЗБРОЙНИХ СИЛ УКРАЇНИ

Для будь-якої науки надзвичайно важливо мати уявлення про ті інтелектуальні процедури, що генерують процес отримання знання, тобто про мислення, предметом якого є та чи інша частина навколишнього світу.

Взагалі, з поняттям мислення пов'язують спосіб пізнавальної діяльності людини щодо задоволення своїх потреб у знаннях про світ, про інших людей, про самого себе, у спілкуванні і передачі досвіду одних поколінь іншим. Мислення зосереджує і реалізує творчий потенціал людини, продукує нове знання, забезпечуючи прогнозування і прийняття рішень, аналіз і вирішення проблемних ситуацій. Для юриспруденції проблема правового мислення виступає як один з найважливіших напрямків дослідження процесу правового регулювання. Вивчення механізмів правового мислення може дати відповідь на питання, як людина засвоює правові норми і якими є механізми їх осмислення та реалізації.

Незважаючи на те, що у наукових колах з'являються роботи, присвячені аналізу різних аспектів правового мислення, акцент у таких дослідженнях зроблений переважно на вивчення правового мислення юристів, тобто зміщений у професійно-доктринальний бік. Вивченню особливостей правового мислення інших соціальних груп практично не приділяється уваги.

Сьогодні, у зв'язку з проведенням антитерористичної операції на сході України, актуалізуються питання, пов'язані з боєздатністю Збройних Сил України як гаранта цілісності держави, професіоналізм та компетентність офіцерського складу яких організовує їх діяльність.

Збройні Сили України як інститут держави посідають особливе місце в її механізмі. Специфіка призначення і діяльності Збройних Сил, високі психологічні та фізичні навантаження під час проходження військової служби, підвищене почуття обов'язку перед державою та інші чинники сприяють виокремленню військовослужбовців в окрему соціальну спільність. Ця спільність характеризується наявністю особливої системи цінностей, специфікою правосвідомості, правового мислення, правової культури.

Центральне місце в середовищі військовослужбовців займають офіцери. Саме завдяки офіцерському складу досягається консолідація армії у цілісність, при цьому моральний дух, дисципліна і боєздатність військовослужбовців багато в чому залежать від особистих якостей офіцерів.

Аналіз правового мислення офіцерського складу Збройних Сил України дозволить з'ясувати, яким чином засвоюються й осмислюються ними правові норми, як відбувається інтерпретація правових зв'язків і відносин, учасниками яких є офіцери, що визначає їх поведінкові установки в юридично значущих ситуаціях тощо.

Наявність відмінних особливостей військового мислення від образу думок цивільної людини зазначав ще С. Хантінгтон. Він підкреслював, що, незважаючи на факт безлічі образів мислення цивільних осіб через ту або іншу специфіку їх діяльності, рівнів і якості освіти, місця проживання тощо, образ мислення військового професіонала (під військовими професіоналами С. Хантінгтон розуміє, передусім, офіцерський склад збройних сил) є універсальним, конкретним і постійним. Це, з одного боку, об'єднує офіцерів у деяке специфічне середовище або групу, а з іншого — мимоволі

відділяє їх від інших представників суспільства⁷⁷⁹. Ці особливості проявляються також і при вивченні правового мислення офіцерів Збройних Сил України.

У процесі свого життя людина постійно освоює нові предмети та явища, невідомі їй властивості, зв'язки і відносини у навколишньому світі. У такій ситуації в неї виникають питання, на які не можна отримати відповіді шляхом безпосереднього сприйняття тих або інших об'єктів і відтворення того, що вже відомо про них.

Безпосереднє, чуттєве відображення, що здійснюється індивідом у відчуттях і сприйняттях, виявляється недостатнім для правильного орієнтування у природному і соціальному світі. У пошуках відповідей на питання людина навчилася удаватися до уявних дій з об'єктами та їх образами у свідомості. Від безпосереднього споглядання вона зуміла перейти до розуміння їх суті, розкриття їх закономірних зв'язків і стосунків. Це психічний процес пізнання та ідеального перетворення дійсності, пошуків нового і є мислення. У процесі мислення людина піднімається від конкретного до абстрактного, від особливого до загального і потім знову повертається до конкретного, але вже будучи збагаченою знанням загального, багатосторонніх зв'язків предметів і явищ навколишнього світу⁷⁸⁰. Мислення — процес відображення в людській свідомості складних зв'язків і стосунків між предметами і явищами об'єктивного світу⁷⁸¹.

Мислення як функція людського мозку — це соціально зумовлений процес. Воно розвивається у праці, у спілкуванні з іншими людьми. Джерелом мислення і його кінцевою метою є суспільна практика. Інформаційна функція культури передбачає можливість історичного накопичення і множення інформації, що знаходиться у розпорядженні людини. Із давніх часів людство закріплювало результати своєї діяльності у знакових системах (у слові, у мові, у

⁷⁷⁹ Печуров С. Военные профессионалы в англо-саксонской модели управления вооруженными силами. История и современность / С. Печуров // Зарубежное военное обозрение. — 2010. — № 5. — С. 29.

⁷⁸⁰ Военная психология / [Б. Ц. Бадмаев, А. Д. Глоточкин, М. И. Дьяченко и др.] ; под ред. А. Д. Глоточкина. — М. : Воениздат, 1972. — 128с.

⁷⁸¹ Основы военной психологии и педагогики : учеб. пособ. / [В. И. Вдовюк, П. Н. Городов, В. П. Давыдов и др.] ; под ред. А. В. Барабанщикова, Н. Ф. Феденко. — М. : Воениздат, 1981. — 61 с.

математичних і логічних знаках тощо). Кожна людина, засвоюючи ці системи знаків, вчиться мислити. Особа дізнається про ті або інші предмети, події, явища, виявляє їх властивості і немов би закріплює, фіксує уявлення і поняття про них, передусім, у словах. Думка набуває у слові матеріальної оболонки, в якій вона стає безпосередньою дійсністю для оточення. Завдяки формуванню і закріпленню у слові думка не зникає і не згасає, ледве встигнувши виникнути, вона міцно фіксується в усній або письмовій формі. Фіксація, закріплення, збереження і передача знань за допомогою мови від однієї людини до іншої, від покоління до покоління створює історичну спадкоємність знань — спадковість. Засвоєння цих знань призводить до розумового розвитку людини, пов'язує його мислення з пізнавальним досвідом усього людства⁷⁸².

Згідно зі справедливим зауваженням Д. А. Керімова, сутність правової культури як складової частини загальної культури полягає саме у способі мислення⁷⁸³. Правове мислення є важливим компонентом правової культури індивіда, соціальної групи. Воно відповідає як загальним характеристикам мислення, так і має власні специфічні риси.

Теоретичною розробкою питань правового мислення займалися такі учені, як П. П. Баранов, В. М. Братасюк, І. М. Грязін, А. Е. Жалінський, А. Ю. Мордовцев, Ю. М. Оборотов, О. І. Овчинников, В. М. Розін, О. Ф. Скакун та ін.

Аналізуючи наукову літературу, яка безпосередньо присвячена проблемам правового мислення, можна зробити висновок, що сьогодні існує три основні підходи до його розуміння. Перші два мають вузькотеоретичний зміст, третій можна назвати широким розумінням правового мислення.

Перший підхід, передбачає аналіз правового мислення як мислення юриста-професіонала і як юриста-вченого в сукупності зі світоглядними та ідеологічними установками. Такий похід, на думку В. М. Розіна, визначає правове мислення як «зручну» в ме-

⁷⁸² Основы военной психологии и педагогики : учеб. пособ. / [В. И. Вдовюк, П. Н. Городов, В. П. Давыдов и др.] ; под ред. А. В. Барабанщикова, Н. Ф. Феденко. — М. : Воениздат, 1981. — С. 129-130.

⁷⁸³ Керимов Д. А. Законодательная техника : науч.-метод. и учеб. пособ. / Д. А. Керимов. — М. : Норма, 1998. — С. 6.

тодологічному плані наукову абстракцію, категорію, що включає в себе різні особливості юридичного пізнання і наукового світогляду⁷⁸⁴.

Другий похід пов'язаний з розглядом правового мислення через призму філософії права. Так, І. М. Грязін зазначає, що «мислення про право в його взаємозв'язку з об'єктивною реальністю становить предмет філософії права, яка не містить в собі знання про державу і право, а містить знання про їх знання, точніше про форми, типи цього знання»⁷⁸⁵.

Третій підхід, запропонований А. Е. Жалінським, описує правове мислення, з одного боку, як соціально-правове мислення юриста-професіонала, з іншого — розуміє спрямованість у суспільній інтелектуальній діяльності до правового регулювання суспільних відносин. У тій чи іншій мірі глибини та ефективності правове мислення здійснюється практично всіма активними громадянами, різними соціальними групами⁷⁸⁶. Погоджуючись з даним трактуванням, слід зазначити, що питання про природу правового мислення не є таким однозначним. Насамперед правове мислення пов'язано з процесом глибинного розуміння права, його інтерпретацією, і називати його пізнанням права, або тим більше здійсненням, можна тільки з низкою застережень⁷⁸⁷.

І хоча аналіз формально-раціональних граней правового мислення є, безумовно, важливим, особливо для виявлення особливостей правового мислення, які склалися в окремих соціальних груп (наприклад у офіцерського складу Збройних Сил України), часто цих характеристик виявляється недостатньо для дослідження процесу осмислення соціально-правової дійсності. За межами даної інтерпретації правового мислення залишаються його стрижневі елементи: оціночні та імперативні судження і поняття, практичні

⁷⁸⁴ Розин В. М. Юридическое мышление в исторической и современной перспективе / В. М. Розин. — Тольятти: Международная академия бизнеса и банковского дела, 1996. — С. 8.

⁷⁸⁵ Грязин И. Текст права. Опыт методологического анализа конкурирующих теорий / И. Грязин. — Таллин: Ээсти раамат, 1983. — С. 12.

⁷⁸⁶ Жалинский А. Э. Социально-правовое мышление: проблемы борьбы с преступностью / А. Э. Жалинский. — М.: Наука, 1989. — С. 4.

⁷⁸⁷ Овчинников А. И. Эпистемология правового мышления / А. И. Овчинников // Философия права. — 2003. — № 2. — С. 37.

умовиводи. Вважається, що ці елементи можуть бути адекватно досліджені лише в контексті розуміння як духовно-практичної інтелектуальної операції. Розуміння передбачає органічну єдність пізнавальної та оціночної функцій правосвідомості і вимагає розгляду правового мислення як інструменту соціального життя, практичної здатності задовольняти не тільки і не стільки потреби людини в знаннях про чинне позитивне право, скільки в засвоєнні і формуванні власних нормативних суджень і норм, правових поглядів, переконань, ціннісних орієнтацій. З такої точки зору наукове, професійне і повсякденне правове мислення схематично представляють собою одну й ту ж розумову процедуру інтерпретації (розуміння, освоєння) правової реальності⁷⁸⁸.

Поділ правового мислення за рівнями дозволяє з достатньою мірою умовності виділити дві його інтуїтивно-рефлексивні форми: «мислення в праві» та «мислення про право». Перша форма — «мислення в праві» — є базисною і становить невід’ємний елемент механізму соціальної дії права. Її можна інтерпретувати як загальнопоширене, повсякденне, буденне правове мислення. Вона робить можливою другу форму — «мислення про право», яка залежить від глибини правових знань і може розглядатися як наукове або теоретичне правове мислення, що легітимізує, узагальнює і систематизує результати інтерпретації. До другої формі з деякими поправками можна віднести і професійне правове мислення⁷⁸⁹.

Поруч з науковим, професійним та буденним І. Я. Андрюшко пропонує додатково виокремлювати компетентне правове мислення, яке, на її думку, є атрибутом у нормотворчій та правозастосовній діяльності⁷⁹⁰.

Слід зазначити, що офіцери Збройних Сил України всіх рівнів у межах своєї компетенції беруть участь у застосуванні пра-

⁷⁸⁸ Овчинников А. И. Правовое мышление : автореф. дис. на соискание уч. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Алексей Игоревич Овчинников. — Краснодар, 2004. — С. 1.

⁷⁸⁹ Там само. — С. 19.

⁷⁹⁰ Андрюшко І. Я. Правове мислення у різновидах правової діяльності : загальнотеоретичне дослідження : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Ірина Ярославівна Андрюшко. — О., 2015. — С. 20.

ва. Належна правозастосовна діяльність не може здійснюватися за допомогою лише мінімальної суми знань про правові явища. Для здійснення цієї діяльності офіцерський склад повинен мати глибоке знання законодавства і практики його застосування, оперувати правовими поняттями та категоріями. Все це підкреслює більш високе, у порівнянні з буденним, розуміння офіцерським складом навколишньої соціально-правової дійсності та визначає правове мислення офіцерів як компетентне.

У теоретичній літературі виокремлюють принципи правового мислення. Вони є фундаментом розумової, творчої, інтелектуальної діяльності суб'єктів права у процесі правової комунікації та спрямовані на пізнання і оцінку правової дійсності. Серед принципів професійного правового мислення, на думку І. Я. Андрюшко, у першу чергу треба виділити принципи визначеності, обґрунтованості та послідовності. Крім того, серед принципів правового мислення, що є первинними щодо зазначених вище та є з ними кореляційними, слід зазначити принципи права та правові принципи (пріоритет загальнолюдських цінностей над груповими цінностями; принцип гуманізму; принцип демократизму; принцип свободи; принцип справедливості; принцип рівності; принцип взаємозв'язку прав та обов'язків; принцип верховенства права; принцип законності тощо), які, як правило, використовуються серед змістовних засобів правового мислення⁷⁹¹.

Що стосується загального визначення правового мислення, то на думку О. І. Овчиннікова, це «феномен правової сфери духовного світу людини, процес розуміння соціально-правової дійсності, що оточує індивіда, результатом якого є, з одного боку, бажане і позитивне право, з іншого — комплекс правових знань, звичок і стереотипів поведінки, що формується й інституціоналізується у правовій свідомості і юридичному світогляді людини»⁷⁹². При

⁷⁹¹ Андрюшко І. Я. Принципи правового мислення / І. Я. Андрюшко // Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / [Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко та ін.]; за ред. Ю. М. Оборотова. — Одеса : Фенікс, 2012. — С. 162.

⁷⁹² Овчинников А. И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д. : Изд-во Рост. ун-та, 2003. — С. 309.

цьому основу правового мислення індивіда становлять ціннісно-нормативні структури бажаного права. Ціннісна позиція суб'єкта, яка багато в чому визначається приналежністю до певної культури, виступає своєрідним контекстом, що задає попереднє розуміння в ході правового осмислення соціальної дійсності⁷⁹³. Навпаки, виявлення особливостей правового мислення окремих соціальних груп варто пов'язувати з виділенням загальних характеристик процесу раціонального, логіко-дискурсивного пізнання, дедуктивного роздуму зі строго послідовним міркуванням. Тому, з метою спрощення аналізу правового мислення офіцерського складу Збройних Сил України правове мислення можна визначити, насамперед, як «інтелектуальну діяльність, що полягає у вирішенні завдань, пов'язаних з використанням правових засобів або правових аргументів для впорядкування суспільних відносин»⁷⁹⁴. При цьому мислення стає правовим, якщо його, по-перше, спрямовано на реалізацію права з використанням можливостей права; по-друге, якщо для досягнення поставлених цілей проектується й використовуються правові засоби; і, по-третє, при вирішенні завдань, що виникають, враховуються закономірності і властивості права, включаючи дотримання деяких загальнообов'язкових правил⁷⁹⁵.

А. Е. Жалінський, розглядаючи дані про динаміку правового мислення, виокремлює ряд його етапів. Перший етап полягає у виявленні, усвідомленні й формулюванні проблемної ситуації, пов'язаної з певним об'єктом; отримання фактичної, а також правової характеристики об'єкта мислення; формулювання завдання, на вирішення якого спрямовано процес розумової діяльності. Другий етап полягає в аналізі можливостей використання правових засобів і способів вирішення проблемної ситуації з урахуванням виникаючих наслідків та існуючих обмежень. Третій етап передбачає вибір оптимального варіанту вирішення, отримання його ре-

⁷⁹³ Овчинников А. И. Правовое мышление : автореф. дис. на соискание уч. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Алексей Игоревич Овчинников. — Краснодар, 2004. — С.17.

⁷⁹⁴ Овчинников А. И. Эпистемология правового мышления / А. И. Овчинников // Философия права. — 2003. — № 2. — С. 33.

⁷⁹⁵ Жалинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность : учеб. пособ. / А.Э. Жалинский. — М. : Изд. БЕК, 1997. — С.198.

сурсної характеристики (ціни), визначення можливих результатів і негативних наслідків⁷⁹⁶.

Будь-яке мислення починається із спостереження. Наприклад, у військовій справі, процесу ухвалення рішення командиром на наступ (оборону) передусь розумова діяльність з оцінки бойової (навчальної) обстановки і рекогносцировки місцевості. Цим питанням військова наука надає особливого значення.

У правовому мисленні спостереження передусь іншим етапам розумової діяльності, воно спрямоване на отримання, усвідомлення і класифікацію інформації, що є значущою для суб'єкта, і супроводжує всі інші етапи правового мислення, забезпечуючи їх необхідною інформацією.

Значення спостереження полягає в тому, що кожен отриманий блок інформації може спонукати до дій; визначати зміст цих дій; вказувати на можливу небезпеку для тих або інших осіб, інтересів, що захищаються, навіть самого суб'єкта тощо⁷⁹⁷.

Етап спостереження у випадку виникнення юридично значущої ситуації у Збройних Силах України включає такі аспекти правового мислення офіцера: а) з'ясування зв'язку свого правового статусу (прав і обов'язків) із проблемною правовою ситуацією, що виникла, а також оцінка рівня знань військового законодавства для її вирішення; б) аналіз та оцінка проблемної правової ситуації та її значущості для життєдіяльності підрозділу, виконання бойового (навчального) завдання, вироблення власного ставлення до неї.

Проблемна правова ситуація у найзагальнішому вигляді може бути визначена як сукупність обставин, які вимагають, породжують необхідність прийняти рішення про дії, що прямо або побічно пов'язані з реалізацією приписів законодавства. Виявити проблемну ситуацію означає піддати соціальну дійсність аналізу, оцінці з позицій діючого права, вказати на необхідність ухвалення відповідного рішення або зобов'язатися прийняти його⁷⁹⁸.

Проблемні правові ситуації у Збройних Силах України є досить різноманітними. Вони можуть бути пов'язані з наведенням статутного порядку у підрозділі; виданням наказів щодо повсяк-

⁷⁹⁶ Жалинский А. Э. Вказ. твір. — С. 200.

⁷⁹⁷ Там само. — С. 202-203.

⁷⁹⁸ Там само. — С. 204.

денних аспектів військової служби; підтриманням військової частини у стані бойової готовності; організацією бойового чергування та вартової служби; виконанням бойових завдань (наприклад, у зоні АТО) тощо. Проте, у будь-якому випадку вирішення цих ситуацій залежить від реалізації або застосування норм військового законодавства.

Уміння виявляти проблемні правові ситуації вимагає від офіцерського складу певного рівня знання права, механізмів його дії, умов його реалізації і пов'язано із специфічними статусними характеристиками цієї категорії військовослужбовців.

Усвідомлення проблемної ситуації у правовому мисленні офіцерського складу може відбуватися по-різному. Іноді упродовж тривалого часу офіцер може досить спокійно ставитися до деяких видів поведінки, не помічаючи існуючих проблемних ситуацій або підстав до їх виникнення (наприклад, порушення дисципліни строю). В інших випадках проблемна ситуація виникає як очевидна для офіцера, але в умовах, що не дозволяють або перешкоджають йому на неї реагувати (наприклад, відсутність прямих повноважень стосовно конкретної правової ситуації). Тому слід зазначити, що цей етап правового мислення офіцера багато в чому залежить від рівня його правової культури і статусних характеристик (прав і обов'язків).

Наступним етапом у динаміці правового мислення офіцера, після виявлення й усвідомлення проблемної правової ситуації, є формулювання правового завдання.

На думку А. Е. Жалінського, типологія і перелік правових завдань формулюються на підставі аналізу і з'ясування проблемних ситуацій і являють собою алгоритми діяльності, що включають, по-перше, уявлення про цілі, які мають бути досягнуті; по-друге, способи досягнення цілей; по-третє, умови реалізації даного завдання»⁷⁹⁹. За допомогою сформульованих правових завдань офіцер отримує уявлення про те, що він повинен робити у відповідних правових ситуаціях, яким чином його дії позначатися на стані законності і правопорядку у військовій частині. Наприклад, у разі застосування права, правове мислення офіцера має бути спрямоване

⁷⁹⁹ Жалинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность : учеб. пособ. / А.Э. Жалинский. — М. : Изд. БЕК, 1997. — С. 213.

на рішення таких завдань: надання правової оцінки юридичному факту, фактичному складу; отримання необхідної інформації, її поповнення, перевірка, оцінка; визначення змісту і порядку правових дій, необхідних для отримання того або іншого результату; оцінка достатності підстав для ухвалення певного правового рішення; оцінка відповідності чинному законодавству юридично значущих дій і рішень; визначення можливості (вірогідність) розвитку наступних подій.

Найважливішим результатом правового мислення офіцера є правове рішення. Під правовим рішенням розуміють виокремлені у певну форму і з деякою мірою обов'язковості висновки про можливість використання правових засобів для вирішення проблемних ситуацій, з урахуванням наявного фактичного складу, обставин, що породжують певні правовідносини⁸⁰⁰.

При ухваленні правового рішення в процесі розумової діяльності використовуються певні засоби. Вони є дуже різноманітними, але в практичних цілях їх можна об'єднати у три групи. Перша включає засоби, що забезпечують необхідні процедури мислення, тобто процедурні засоби. Друга — це засоби, що забезпечують просування до висновку, тобто змістовні засоби (чи докази). І, нарешті, до третьої групи належать засоби, що закріплюють результати мислення⁸⁰¹.

Під процедурними засобами зазвичай розуміють основні види розумових операцій, що підпорядковуються прийомам і законам формальної логіки і що становлять «суть процесу мислення: аналіз, синтез, порівняння, абстрагування, конкретизація, узагальнення»⁸⁰².

Процес мислення — це, передусім, аналіз і синтез. Саме з аналізу і синтезу починається уявне оперування об'єктами в голові індивіда. Аналіз — це розкладання об'єкта, що пізнається, на його складові і компоненти, виокремлення у ньому певних сторін, елементів, властивостей, зв'язків, стосунків. У процесі синтезу відбу-

⁸⁰⁰ Жалинский А. Э. Вказ. твір. — С. 217.

⁸⁰¹ Там само. — С. 200.

⁸⁰² Військова психологія і педагогіка : підручник / [Л. А. Снігур, О. А. Хижняк, Є. М. Подтергерга та ін.] ; за заг. ред. Л.А. Снігур. — Луцьк : Твердиня, 2010. — С. 87.

вається поєднання, співвідношення тих елементів, на які було розчленовано пізнаваний об'єкт, відновлення цілого на основі розкритих аналізом істотних зв'язків. Прикладом аналітико-синтезуючої діяльності правового мислення офіцера може бути його робота щодо з'ясування завдання, що має правове значення (наприклад, бойового завдання), оцінки обстановки і прийняття юридично значущого рішення.

Спільність або відмінність між предметами або явищами, їх властивості і якісні особливості встановлюються шляхом порівняння. Так, при порівнянні правової норми (наприклад, норми Статуту внутрішньої служби) з фактичною поведінкою підпорядкованого військовослужбовця офіцер повинен виявити рівень відповідності їй і в разі порушення цієї норми прийняти рішення щодо дисциплінарного впливу.

Абстрагування — це уявне відсторонення від несуттєвих ознак предметів, явищ і виокремлення в них основного, головного. Навпаки, при конкретизації передбачається виокремлення істотних властивостей у конкретному об'єкті або явищі⁸⁰³. Наприклад, офіцер при роботі з підрозділом абстрагується від індивідуальних, особистих характеристик кожного окремого військовослужбовця. Для нього цей підрозділ (взвод, рота, батальйон...) — єдине ціле, яке виконує його накази, підкоряється його волі. Урахування же індивідуальних особливостей військовослужбовців є важливим при постановці кожному з них окремих завдань.

У свідомості кожної людини є більш-менш цілісна система понять, що відбиває єдність навколишнього соціального і природного світу. Правові поняття при цьому відбивають правову дійсність. Надаючи кваліфікацію тому або іншому явищу через поняття (статутні правила поведінки; розкрадання військового майна; дезертирство; мародерство тощо), офіцер підводить підсумок творчої розумової діяльності, орієнтуючись на закріплене в законі поняття. Окрім понять, мислення відбувається в таких формах, як судження і висновок. Правове судження уявляє собою встановлення загальних взаємозв'язків у правовій сфері в межах компетенції офіцера. Воно повинно мати якості нормативності, точності, формалізова-

⁸⁰³ Психология и педагогика. Военная психология / [А. Я. Анцупов, В. Г. Белов, А. А. Благинин и др.]; под ред. А. Г. Маклакова. — СПб. : Питер, 2004. — С.97.

ності висновків. Судження обґрунтовується раніше перевіреними фактами, закономірностями, системою висновків. За допомогою правового висновку відбувається узагальнення властивостей одnorідної групи правових явищ; отримання нового знання з наявних знань. Висновок офіцера не повинен виходити за рамки норм, загального і військового законодавства. Висновок як форма правового мислення зазвичай здійснюється з використанням операцій індукції (від окремих випадків до загального висновку) і дедукції (від загальних станів до окремих випадків)⁸⁰⁴. Індукція і дедукція взаємопов'язані між собою, вони взаємно доповнюють і перевіряють одна одну. У процесі правового мислення виникають припущення, гіпотези. У них офіцер із тією або іншою мірою достовірності передбачає відповіді на питання, які вирішує його мислення.

Змістовні засоби правового мислення включають початкові положення, принципи, постулати, презумпції, парадигми, доктрини, концепції, наукові гіпотези, теорії, висновки, твердження, соціальні факти, емпіричну інформацію. Особливе значення має правова інформація — тексти законів та інших нормативно-правових актів, судова практика, правозастосовна діяльність правоохоронних органів. Змістовні засоби, як і процедурні засоби правового мислення, є інструментами рішення розумових завдань з використання права⁸⁰⁵.

Засоби, що закріплюють результати правового мислення, містять понятійний апарат, правові дефініції, юридичні конструкції, тексти правових актів, наукові тексти тощо⁸⁰⁶. Важливе значення в розумовій діяльності офіцерського складу мають правові поняття.

Уміння юридично мислити означає цілеспрямовано оперувати поняттями в умовах юридично значущого практичного завдання⁸⁰⁷. Увесь процес правового мислення відбувається на основі правових понять. Саме правові поняття, що проговорюються про себе, при оцінюванні того чи іншого юридичного факту призводять до виро-

⁸⁰⁴ Психология и педагогика. Военная психология / [А. Я. Анцупов, В. Г. Белов, А. А. Благинин и др.] ; под ред. А. Г. Маклакова. — С. 96.

⁸⁰⁵ Жалинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность. — С. 201-202.

⁸⁰⁶ Там само. — С. 202.

⁸⁰⁷ Скаун О. Ф. Юридическая деонтология : учебник / О. Ф. Скаун. — Харьков : Эспада, 2009. — С 208.

блення розумових дій. Тому не випадково, що труднощі розуміння юридично значущих ситуацій неминуче виникають при недостатньому володінні правовими поняттями і категоріями. Відсутність у офіцерів Збройних Сил України правових знань у межах своєї компетенції може призвести до труднощів у процесі вирішення інтелектуальних, сенсорних і рухових завдань. Наприклад, невірно оцінити правову поведінку підпорядкованого військовослужбовця, віддати незаконне розпорядження, наказ.

Залежно від характеру діяльності людини мислення поділяють на такі види: наочно-дієве, образне, абстрактне ⁸⁰⁸.

У процесі професійної практичної діяльності офіцера використовуються в основному наочно-дієве і образне мислення. Вирішення ситуацій правового характеру здійснюється на основі абстрактних понять, які образно не уявляються. Абстрактне правове мислення розвивається на основі знань нормативно-правових актів, що регулюють діяльність офіцера, і підкріплюється його практичним досвідом.

На теоретичному рівні до основних характеристик правового мислення П. П. Баранов і О. І. Овчинников пропонують зарахувати:

1. Двосторонній характер, діалогічність, оборотність правового мислення. Усі уявні процеси, предметом яких є правові норми, детерміновані інтелектуальними уявленнями двостороннього характеру прав і обов'язків. Людина не може бути залученою до процесу правового мислення одна, завжди є протилежна сторона, представлена людьми, що поділяють із нею її соціальне буття. Тобто в усіх процесах правового мислення завжди є уявлення про наявність зобов'язаної або правомочної протилежної сторони.

Правове мислення має діалоговий характер. Обов'язки і права двох сторін у процесі їх реалізації є своєрідним діалогом, у ході якого, якщо виявляється не належне використання права або виконання обов'язку, виникає непорозуміння.

Із двостороннього характеру правових образів або уявлень в юридичному мисленні є присутньою і властивість оборотності.

⁸⁰⁸ Основы военной психологии и педагогики : учеб. пособ. / [В. И. Вдовюк, П. Н. Городов, В. П. Давыдов и др.] ; под ред. А. В. Барабанщикова, Н. Ф. Феденко. — М. : Воениздат, 1981. — С. 67.

Вона виражається у здатності розглядати власні права й обов'язки з точки зору протилежної сторони.

2. Нормативно-ціннісна природа правового мислення. Нормативність правового мислення проявляє себе в тому, що його основною формою є нормативні висловлювання, що набирають, кінець-кінцем, вигляду правової норми. Крім того, нормативність міститься в оцінному характері всіх правових знань, ідей, поглядів, уявлень.

3. Системність правового мислення. Оскільки в основі всіх нормативних велінь лежать цінності, настільки у свідомості, ієрархія правових норм відповідає ієрархії цінностей. Системність норм — це особлива форма юридичної взаємопов'язаності всього комплексу нормативних регуляторів, що спираються на усвідомлення певної норми.

4. Фактологічність правового мислення. Установити, чи є факт юридичним, може лише правове мислення, оскільки «розпінання» правового образу реальної ситуації полягає в ототожненні якихось її параметрів із тими, які передбачені правом, у виокремленні юридично значущих ознак, сторін конкретних відносин. При цьому відбувається співвідношення абстрактного образу факту, описаного в законі, з конкретним фактом в реальній ситуації, що також здійснюється за допомогою «здатності судження».

5. Принцип еквівалентності відплати правового мислення. Будь-яке порушення норм права сприяє виникненню у правовому мисленні образу наступної відповідальності, відшкодування завданої шкоди. Причому відшкодування тоді буде правовим, коли воно є еквівалентним завданому збитку. Інакше виникає почуття неправомірності або несправедливості права.

6. Абстрактність, формалізм і догматизм правового мислення. Формально-раціональна природа правового мислення прямо впливає з попередньої ознаки: формалізм допомагає оцінити з позиції загального кожен вчинок і покликаний відіграти позитивну роль в обмеженні свавілля. Норма права як загальний еталон, що не визнає станових, майнових, мовних та інших бар'єрів, є символом «рівності», «правової справедливості», гарантії захисту особи від свавілля. Її абстрактність демонструє призначення права —

служити певним мірилом, прикладом найзначущих людських взаємовідносин, абстрагуючись від конкретних обставин⁸⁰⁹.

Специфіка професійної діяльності офіцера полягає в активній правозастосовній діяльності. Постійно в процесі комунікації між офіцерами або між офіцером і підпорядкованим рядовим і сержантським складом виникають юридично значущі ситуації. Ці ситуації оцінюються з точки зору наявності прав і обов'язків кожним з учасників комунікаційного процесу. Проте, офіцер законодавчо наділений значно більшим обсягом прав щодо рядового і сержантського складу, відповідно у правовому мисленні офіцера ці ситуації оцінюються з точки зору імперативних показників. Усвідомлення переважання прав (суб'єктивних прав) над обов'язками (юридичними обов'язками) є характерною рисою правової свідомості і правового мислення офіцерського складу Збройних Сил України.

Слід зазначити, що аналіз нормативно-ціннісної системи офіцерського складу Збройних Сил України свідчить про деяку зневагу нормами законів. Наприклад, під час соціологічного опитування офіцерського складу Збройних Сил України, здійсненого автором спільно з Регіональним центром вивчення громадської думки «Аспект» (м. Білгород-Дністровський Одеської області) у серпні 2010 р., з'ясувалося, що із запропонованих правових цінностей найбільше особистісне значення для офіцерів мають поняття «дисципліна» і «наказ», тоді як ставлення до закону як цінності відрізняється переважною індіферентністю. Крім того, кожний п'ятий офіцер (20 %) висловив переконання, що для того, щоб служба була успішною, важливим є не знання законів, а беззастережне виконання вимог командирів і начальників. Подібна позиція визначається високим ступенем службової залежності військовослужбовців від вищих посадовців, домінуванням так званого директивного регулювання відносин у військовому середовищі. Так, на питання «Якби керівництво прийняло рішення, яке защемляє Ваші права та інтереси, могли б Ви що-небудь зробити проти такого рішення?» дві третини респондентів (63 %) не знайшли позитивної відпові-

⁸⁰⁹ Баранов П. П. Место и роль правового мышления в духовном мире людей / П. П. Баранов, А. И. Овчинников // Юристы-Правоведы. — 2000. — № 1. — С. 12-13.

ді⁸¹⁰. Іноді незаконний наказ вищого командира ставиться вище за будь-який нормативно-правовий акт, чим заохочується вседозволеність в армії, ставиться в безправне становище підпорядкований особовий склад Збройних Сил України. Це свідчить про переважання директивного правового мислення офіцерського складу над нормативним правовим мисленням.

У Збройних Силах України, як і в збройних силах будь-якої іншої держави, можливість для диспозитивної діяльності є надзвичайно малою. Практично всі аспекти військової служби, життя і діяльності Збройних Сил України врегульовано нормами законів і підзаконних нормативно-правових актів. Управлінська, командна діяльність офіцерського складу спочатку припускає знання норм військового законодавства й уміння розумово співвідносити поодинокі юридичні факти з абстрактним змістом норм права.

Авторитет окремого офіцера, усього офіцерського корпусу багато в чому залежить від справедливого ставлення до підпорядкованого особового складу. Адекватність заохочень і покарань реальним вчинкам військовослужбовців матимуть регулятивний характер, сприятимуть підвищенню боєздатності підрозділу. Правові вчинки військовослужбовців відбиваються у правовому мисленні офіцерів разом з образом передбачуваної еквівалентної позитивної або негативної відповідальності. Еквівалентність відповідальності у Збройних Силах України тяжіє, більшою мірою, до формалізму і догматизму. Саме у разі еквівалентності норми й відплати у підпорядкованих військовослужбовців виникає почуття правомірності дій офіцера, особистої захищеності, справедливості права.

Проте існує проблема співвідношення еквівалентності відплати і формалізму. «Справедливість або еквівалентність відплати і формалізм... норм позитивного права — це два полюси, між якими відбувається правове мислення. Зняття між ними напруги є метою правового мислення. Погоджувати часткове і загальне, індивідуальне і соціальне, ірраціональне й раціональне — завдання і призначення правового мислення»⁸¹¹.

⁸¹⁰ Результати соціологічного дослідження правової культури офіцерського складу Збройних Сил України // Білгород-Дністровський центр вивчення громадської думки «АСПЕКТ». Вих. № 8 від 14.08.2010 р. — С. 6-7.

⁸¹¹ Баранов П. П. Место и роль правового мышления в духовном мире людей / П. П. Баранов, А. И. Овчинников. — С. 14.

Розумова діяльність офіцерів часто здійснюється в екстремальних умовах. В її успішному здійсненні велику роль відіграють особистісні якості офіцера, а також рівень сформованості його мислення. У зв'язку із цим не втрачають своєї цінності такі якості правового мислення офіцерського складу, як «..самостійність, гнучкість і швидкість мислення»⁸¹². Самостійність правового мислення проявляється, передусім, в умінні побачити і поставити нове питання, науково обґрунтувати проблему і потім вирішити їх своїми силами. Це здатність приймати правові рішення і діяти відповідно до власних правових переконань, не піддаючись стороннім впливам. Гнучкість правового мислення полягає в умінні змінювати намічений шлях вирішення завдання, якщо він не задовольняє умовам, які несподівано виявляються у ході його вирішення. Маючи гнучкий розум, офіцер буде у змозі розкривати протиріччя в явищах, своєчасно помічати зміни в обстановці, вносити поправки до раніше прийнятих юридично значущих рішень. Швидкість правового мислення є надзвичайно важливою у випадках, коли необхідно приймати правильні, обґрунтовані рішення у дуже стислий термін (наприклад, під час бою, аварії тощо). Розвиток цієї якості мислення багато в чому залежить від здатності офіцера аналізувати й узагальнювати безліч даних. Швидкість правового мислення сприяє підвищенню швидкості осмислення швидкоплинних подій складної навчально-бойової і бойової обстановки.

Правове мислення реалізує такі функції: розуміння або інтерпретації соціально-правової дійсності, легітимації або «виправдання» правопорядку, пояснення, проблематизації, комунікації, регуляції⁸¹³. Основною функцією правового мислення, у ході якої відбувається осмислення, освоєння соціально-правової дійсності, є інтерпретаційна функція. Інші функції лише доповнюють цей процес, мають допоміжний характер. Насправді, зрозуміти правову норму — означає перейнятися її юридичним сенсом. За допомогою інтерпретації правове мислення погоджує одиничне і загаль-

⁸¹² Психология и педагогика. Военная психология / [А. Я. Анцупов, В. Г. Белов, А. А. Благинин и др.]; под ред. А. Г. Маклакова. — СПб.: Питер, 2004. — С. 99.

⁸¹³ Овчинников А. И. Правовое мышление: автореф. дис. на соискание уч. степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Алексей Игоревич Овчинников. — Краснодар, 2004. — С. 20.

не у чотирьох моментах: правореалізації, правотворчості, виборі своєї позиції, оцінці своїх інтересів по відношенню до права. За допомогою інтерпретації відбувається узгодження справедливості і формальності права. Головний момент інтерпретаційної діяльності правового мислення при цьому — розуміти норму щоразу, у кожному новому випадку, в кожній конкретній ситуації заново⁸¹⁴. У процесі інтерпретації відбувається осмислення, освоєння, розуміння офіцерами військово-правових відносин. Офіцер, інтерпретуючи норму військового права (наприклад, щодо дисциплінарної відповідальності військовослужбовця), повинен знайти «золоту середину» між формальністю, загальністю закону та індивідуальними, особливими рисами конкретного випадку; між справедливістю відплати і догматичністю права.

Особливості правового мислення офіцерського складу є очевидними, вони впливають на поведінкові реакції офіцерів, визначають специфіку їх правової культури. Враховуючи здійснений аналіз, правове мислення офіцерського складу можна уявити як здатність розуміння офіцерами юридично значущих аспектів життя і діяльності Збройних Сил України, що дозволяє їм орієнтуватися у правових ситуаціях відповідно до їх правового статусу і компетенції.

⁸¹⁴ Баранов П. П. Место и роль правового мышления в духовном мире людей / П. П. Баранов, А. И. Овчинников. — С. 14.

ПІСЛЯМОВА

Прискорення змін у правовому і державному житті сучасного суспільства обумовлені процесами глобалізації, інформатизації та індивідуалізації не залишає вибору юриспруденції в справі творчого освоєння змін, які відбуваються, і створенні таких теоретичних, нормативних та інституційних ресурсів, які б забезпечували ефективне функціонування права і держави в умовах постмодерну.

У цьому плані в самій юриспруденції відбуваються епохальні зміни на її різноманітних рівнях і напрямках. Зокрема, теорія держави і права, наповнюючись новими ідеями, поняттями, концепціями і теоріями, змінює свій стратегічний зміст. Вона перетворюється на загальнотеоретичну юриспруденцію і стає центром креативності всієї юриспруденції.

Від набору розроблених і сталих теоретичних конструктів і положень теорії держави і права загальнотеоретична юриспруденція виходить до утвердження творчих критеріїв, які визначають існування мови права і правового мислення як стратегії розвитку правової і державної сфери, освітньої підготовки юристів. Змістовне забарвлення змін, які відбуваються в правовій і державній сфері, носить інноваційний характер, забезпечуючи формування сучасної парадгми правового мислення, вихід до плюралізму праворозуміння і творчого сприйняття права і держави юридичною елітою, а також зміни образу права у громадян України, їх оновленого непатерналістского ставлення до української держави.

Авторський колектив монографії в різноманітних аспектах представив творчі можливості загальнотеоретичної юриспруденції. Звичайно ж, це лише мала частина того, що сьогодні наповнює змістом загальнотеоретичне осмислення права і держави. З іншого боку, кожен крок на шляху перетворення вітчизняної юриспруденції в професійну сферу, яка постійно розвивається, створює фундаментальну основу для укріплення і вдосконалення українського права і української державності

НАШІ АВТОРИ



Оборотов Юрій Миколайович — доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», член кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений юрист України.



Завальнюк Володимир Васильович — кандидат юридичних наук, професор, ректор Національного університету «Одеська юридична академія», Заслужений юрист України.



Дудченко Валентина Віталіївна — доктор юридичних наук, професор, професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», Заслужений юрист України.



Овчиннікова Альбіна Петрівна — доктор мистецтвознавства, професор, професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», член Союзу театральних діячів України.



Крестовська Наталія Миколаївна — доктор юридичних наук, професор, професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Цофнас Арнольд Юрійович — доктор філософських наук, професор.



Бальжик Ірена Анатоліївна — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



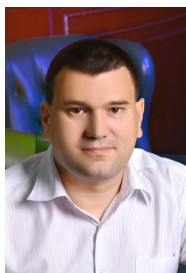
Богущький Павло Петрович — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», Заслужений юрист України.



Джураєва Олена Олексіївна — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Кормич Анатолій Іванович — кандидат історичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Дзевелюк Андрій Володимирович — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Мельничук Ольга Степанівна — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



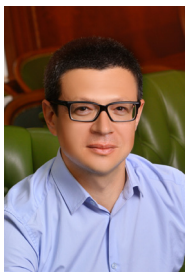
Оборотов Ігор Гореславович — кандидат юридичних наук, доцент, завідуючий кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївсько-го інституту права Національного університету «Одеська юридична академія».



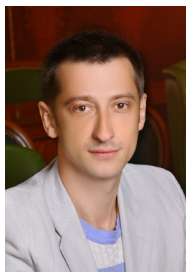
Скуріхін Сергій Миколайович — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Чувакова Анна Михайлівна — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Юдін Зореслав Михайлович — кандидат юридичних наук, доцент, докторант Національного університету «Одеська юридична академія».



Рязанов Михайло Юрійович — кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Горобець Костянтин Валерійович — кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Таросєва Влада Володимирівна — кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Лоджук Максим Тарасович — кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Тіщенко Юлія Валеріївна — кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Федоров Валентин Андрійович — кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Личко Валерія Сергіївна — кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



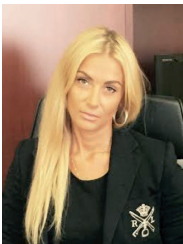
Хижняк Юлія Вячеславівна — кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Ковбасюк Степан Валерійович – старший викладач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Арнаутова Людмила Петрівна — асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».



Антошина Ірина Володимирівна — аспірант кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія».

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА.....	3
-----------------------	----------

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ЮРИСПРУДЕНЦІЯ ЯК ЕВРИСТИКА

1.1. Шляхи затвердження креативності сучасної юриспруденції	5
1.2. Право як цілісність: онтологічні аспекти	10
1.3. Сучасне антропоцентричне праворозуміння	16
1.4. Концепт права як прояв креативності юриспруденції	41
1.5. Основні канони герменевтики	58
1.6. Рівні та сфери методології юриспруденції	74
1.7. Системний підхід як загальнонаукова передумова методології юриспруденції	86
1.8. Креативність і режисура в юридичній педагогіці	97

РОЗДІЛ 2

КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ РІВЕНЬ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

2.1. Концептуалізація глобального права	110
2.2. Урбаністичний підхід як міждисциплінарний напрям сучасної юриспруденції	119
2.3. Від генезису громадянського суспільства до його сучасної соціально — правової моделі	132
2.4. Літературний метод у методології юриспруденції	145
2.5. Інформаційно-семіотичний підхід до розуміння правової культури ...	162
2.6. Системний підхід в осягненні системи права	179
2.7. Дослідницькі підходи у контексті теорії правового контрактивізму ...	192
2.8. Концептуалізація слов'янського права у сучасних юридичних дослідженнях	206
2.9. Концептуальні ідеї М. Ю. Чижова про походження і утворення права ..	222

РОЗДІЛ 3

ІНСТРУМЕНТАЛЬНИЙ РІВЕНЬ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

3.1. Надійність права як відображення його імунної властивості	241
3.2. Загальногуманітарні засоби у системі методології юриспруденції ...	253
3.3. Методологічні аспекти дослідження канонічного права	268

3.4. Церковне право як прояв правового плюралізму	279
3.5. Інституційний підхід у дослідженні держави	293
3.6. Біографічний метод у юридичних дослідженнях	311
3.7. Інформаційна функція права як юридична функція	318
3.8. Контрольна влада та її інститути	329
3.9. Інституціоналізація юридичних клінік в Україні	342

РОЗДІЛ 4

ВІД ІДЕЙ ДО ПОНЯТЬ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ

ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

4.1. Сучасна держава: від образу до поняття.	360
4.2. Поняття і види правового режиму	370
4.3. Категоріальний статус міської правової системи	380
4.4. Правовий міф у категоріальному апараті юриспруденції	396
4.5. Поняття та види правової допомоги	410
4.6. Аномалії у праві та їх різновиди	419
4.7. Функція держави як категорія юриспруденції	432
4.8. Про категоріальний статус державного боргу.	445
4.9. Правове мислення та його особливості в офіцерів Збройних Сил України	459

ПІСЛЯМОВА.	478
---------------------------	------------

НАШІ АВТОРИ.	479
-----------------------------	------------

Наукове видання

**КРЕАТИВНІСТЬ
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**

Монографія

За редакцією д.ю.н., професора
Ю.М. Оборотова

Підписано до друку 27.10.2015 р.
Формат 60х84/16. Ум.-друк. арк. 28,37. Зам. № 1510-12. Тираж 300 прим.

Видано і віддруковано ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.02).
Україна, м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25. Тел. (048) 7777-591.
e-mail: maritimebooks@yandex.ru
www.law-books.od.ua